جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون المدنى

جزاء عدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين
« الفسخ »
دراسة فى القانون المدنى المصرى مع المقارنة

رسالة دكتوراه

مقدمة من الطالب

سيف الدين محمد محمود البلعاوى

لنيل درجة الدكتوراه

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور / **جميل الشرقاوى** مشرفاً

الأستاذ الدكتور / **نعمان محمد خليل** عضو

الأستاذ الدكتور / **توفيق حسن فرج** عضو

١٩٨٢

بسم الله الرحمن الرحيم

قالوا سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا

انك أنت العليم الحكيم

"صدق الله العظيم"

"إهـــداء"

إلى والدى ..

إلى زوجتى وأولادى ..

إلى أخى الكبير جمال ..

إلى وطنى الحبيب وشهداءه الأبرار ..

"اعترافا بفضلهم اهدى ثمرة جهودى"

"الباحث"

"شكر وتقدير"

عرفاناً مني بالجميل . أقدم جزيل شكري وتقديري . وعظيم إمتناني وعرفاني إلى أستاذي الفاضل الدكتور/ **جميل الشرقاوي** لما تفضل به من عظيم توجيهاته . ومن دقة النظر في مجرى البحث وتنظيمه . وعلى ما أحاطني به من رعاية واهتمام . كان لهم الفضل الأكبر في إنجاز هذه الرسالة .

والله ولي التوفيق

منهج البحث

بحثت الفسخ باعتباره جزاء لعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين على النحو التالي :

١ - مهدت لدراستي بمقدمه تناولت فيها انواع الجزاءات المترتبة على عدم التنفيذ بصفة عامة فتعرضت لبعض انواع هذه الجزاءات ، وما يستطيع ان يملكه الدائن المتعاقد في حالة اخلال مدينه بالتزامه ، حيث سهل له القانون هذا الامر فوضع تحت تصرفه اكثر من وسيلة لتحقيق ما يصبو اليه ، فكانت هناك وسائل الاجبار المباشرة ، والوسائل غير المباشرة ، الى جانب حقه في المطالبة بالفسخ ، باعتباره وسيلة حاسمة ونهائية تمكن الدائن من وضع حد لعلاقة قانونية اختل توازنها او انعدمت فائدتها .

٢ - يلي هذه المقدمه قسمان رئيسيان :

القسم الاول ، وقد خصصته للكلام عن الفسخ بوجه عام باعتباره جزاء لعدم التنفيذ وقسمته الى بابين :

الاول : يدور حول تعريف الفسخ وتحديد ماهيته ، حيث عرضت في الفصل الاول منه الخصائص العامة للفسخ وخصصت المبحث الاول ، لنظرية الفسخ في مختلف مراحل تطورها ، فتكلمت عن كل من القانون الروماني ، والكنسي ، والقانون الفرنسي القديم ، واظهرت ان التطور القانوني الذي بدأ منذ القانون الروماني حول الفسخ كان في البداية مبتورا ، وناقصا ، غير ان الامر قد تبدل نظرا لزيادة التعامل وتطور الفكر القانوني ، اذ بدأت نظرية الفسخ تأخذ مكانها الطبيعي كنظرية متكاملة الى جانب النظريات القانونية الاخرى ، فكانت نظرية الفسخ الحديثة التي خصصت لها المبحث الثاني من هذا الفصل ، حيث استعرضت بالتفصيل بعد اعطاء لمحه موجزة عن وضع هذه النظرية في القانون المدني المصري القديم والجديد ، كل من موقف القانون المدني الفرنسي " قانون نابليون " والقانون الالماني والسويسري والتركي والانجليزي ، ثم بعد ذلك تكلمت عن موقع هذه النظرية في الشريعة الاسلامية وهي قريبة الشبه بكل من القانون الالماني والتركي والسويسري والانجليزي .

وفي الفصل الثاني تناولت الكلام عن اساس الفسخ وطبيعته فتعرضت في

البحث الاول منه الى كل النظريات التى قيلت فى اساس الفسخ وانهيت الى القول بأن الاساس الصحيح فى نظرنا هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين • وفى المبحث الثانى تناولت طبيعة الفسخ • حيث كان لنا فى ذلك وجهة نظر خاصة بأن قلت ان طبيعة الفسخ هى جزاء ولكن ليس من النظام العام • وفى الفصل الثالث قمت بمقارنة الفسخ ببعض الانظمة القانونية واخترت لهذه المقارنة كل من الدفع بعدم التنفيذ • والبطلان والوقف • ودعوى الضمان • وفى الباب الثانى • تناولت نطاق تطبيق الفسخ • وخصصت الفصل الاول منه للبحث حول تطبيقه فى العقود الملزمه للجانبين • وكان ذلك فى فصلين الاول : خاص بالعقود المحددة التنفيذ • واخترت له ثلاثة انواع من هذه العقود • عقد البيع • وعقد الايجار وعقد الشركة • والثانى • خاص بالعقود الاحتمالية التنفيذ • واخترت له نوعان • الايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين • اما فى الفصل الثانى فتكلمت عن مدى انطباق الفسخ على العقود الملزمه بجانب واحد • على الخصوص عقد الهبه • الى جانب غيرها من العقود وقلت فيما يتعلق بالرهن الحيازى ان الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ تخالف القاعدة العامة فى الفسخ •

القسم الثانى • وقد تعرضت فيه لانواع الفسخ واحكامه فخصصت الباب الاول منه للفسخ القضائى حيث تناولت فى الفصل الاول من هذا الباب شروط الفسخ • فعالجت كل من الاعذار • وضرورة ان يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه او على استعداد للقيام بهذا التنفيذ • والا يكون قد نزل عن حقه فى المطالبة بالفسخ ومسئولية المدين المتعاقد عن تقصيره الذى شمل معاير عدم التنفيذ ومدى سلطة القاضى التقديرية • ومدى اخذ القانون المدنى المصرى من هذه المعايير فى كل من عدم التنفيذ الجزئى • والتأخير فى التنفيذ • وعدم تنفيذ الالتزام التبعى • وفى الاخير حالة الاخلال بمبدأ حسن النية فى التنفيذ •

وخصصت الفصل الثانى للكلام عن مدى خيار الدائن فى استعماله لحقه فى كل من دعوى الفسخ ودعوى التنفيذ فى مبحث اول وقلت بانه يجوز له ان ينتقل اثناء نظر دعوى التنفيذ التى تقدم بها ابتداء الى المطالبه بالفسخ • وذلك بطلب عارض او بطلب احتياطى دون اللجوء الى رفع دعوى جديدة بالفسخ • كما ان للدائن ايضا ان ينتقل اثناء نظر دعوى الفسخ الى المطالبة بالتنفيذ بنفس الطريقة السابقة • وان كان هذا الامر يملكه القاضى من تلقاء نفسه بما لديه من سلطة تقديرية واسعة • اذ له الحق

وفي المبحث الثاني عرضت لموقف المدين وحقه في التنفيذ حتى صدور الحكم النهائي بالفسخ .

وفي الباب الثاني : تناولت الفسخ الاتفاقي والاثار التي تترتب على الفسخ بايجاز استكمالا للموضوع على اساس ان قواعد الرد المترتب على الفسخ تدخل في نظرية رد غير المستحق لا نظرية الفسخ .

ففي الفصل الاول من هذا الباب تكلمت عن اهمية الفسخ الاتفاقي ، وصور الاتفاق عليه ، وعددت المزايا التي يتضمنها هذا الاتفاق ، ومن اهمها استبعاد تحكم القاضي ومحاباته جانب المدين ، وعدم التعرض للاطالة وضياع الوقت امام المحاكم . وفي الفصل الثاني تناولت موقف كل من الدائن والمدين من عمل الشرط الفاسخ ، فخصصت المبحث الاول منه في مدى حق الدائن في الخيار وقسمته الى ثلاث مطالب ، فكان الاول ، في اعلان الدائن رغبته في التمسك بالفسخ حتى بالرغم من تحقق اثار الشرط الفاسخ ، وهذا ما اجمع عليه الفقه والقضاء ، والثاني تناولته من حيث اثر اختيار الدائن التنفيذ على التمسك بالفسخ وقلت بان للدائن الحق اذا ما طالب بالتنفيذ ان يعود فيتمسك بالفسخ لان الشرط الفاسخ قد وضع لمصلحته هو فهو وحده الذي يقدر مدى الاستفادة منه ماذا ما رأى ان امكانية الحصول على التنفيذ مستحيلة فله الحق ان يعود ويتمسك بالفسخ ، وفي المطلب الاخير تناولت فيه اثر اختيار الدائن التمسك بالفسخ على امكانية المطالبة بالتنفيذ ، وقلت بأنه عندما يتمسك الدائن بالفسخ ، فان العقد ينفسخ مباشرة ، وبالتالي لا يمكن ان يعود مرة اخرى ، لان العقد قد انحل وزال . ولان اعادته الى الحياة بعد ان مات سيؤدي الى مشاكل قانونية وعملية هو في غنى عنها .
أما في المبحث الثاني من نفس الفصل ، فقد كان في مدى حق المدين في التنفيذ المتأخر في حالتين : الاولى : حالة ما اذا كان اجل التنفيذ غير جوهريا والحالة الثانية ، حالة ما اذا كان اجل التنفيذ جوهريا . وتجدر الاشارة الى ان هاتين الحالتين قد بحثتا في كل من القانونين الالماني والايطالي والتشريعات المشابهة لهما ، ولم يرد ذكرها في القانون المدني المصري ، الا ان ذلك لا يمنع ان تكونا موجودتان في ثنايا المادة ١٥٨ من نفس القانون .

وفي الفصل الثالث والاخير تكلمت عن اثار الفسخ بصفة عامة بايجاز لان قواعد

** مقدمـــــــــة **

تعداد انواع الجزاءات المترتبة على عدم التنفيـذ والاقتصار على الفسخ في البحـث

١ — ان الاحترام التام والكامل للالتزامات التعاقدية ، فهو من الامور ذات الاهمية فـــي المجال القانـــوني والاجتماعي ، اذ يسهل تصور المشاكل التي تنشا اذا ما قرر المدينـــون فجأة التوقف عن القيام بتنفيذ التزاماتهم .

فعدم تنفيذ الالتزام التعاقدي ، يعني ان اجل التنفيذ لم يحترم ، او ان التسليـــم متأخر ، ويعني ايضا الاهمال وسوء النية ، وكل ذلك مما يوئثر بالضرورة على الاشياء محل الالتزام ويوءدي في نفس الوقت الى عدم نجاح العلاقات ذات المحتوى القانوني ، والى الاخلال بالتوازن الموءسس على الثقة ، والذي يعتبر الاساس في تحقيق الاهداف المرجوة من ابرام العقد .

واذا كان العقد اهم وسائل التعامل بين الافراد ، فان عدم تنفيذه يخل بالنظـــــام القانوني بصفة عامة ، ويوءدي الى تقويض القواعد الموضوعية ذات المحتوى الاقتصادي لهـــذا التعامل ، ويضر بمصالح تفوق بكثير مصالح الدائن وحده .

فالاهمية التي يعطيها النظام القانوني للالتزام بالعقود وتنفيذها معبر عنها فـــي المادة ١٤٧ من القانون المدني (١) التي تقول ان " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجـوز نقضـه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، او للاسباب التي يقررها القانون . " .

فعدم التنفيذ اذن من شانه ان يوءدي الى اثار ضارة في مجال المعاملات ايا كـــــان نوعها ، اذ سيعرض مصالح الدائنين والمصالح المرتبطة معهم للخطر ، ولذا بدا من الضـــروري مواجهته ، وتطبيق الجزاءات المناسبة على الطرف المتسبب فيه .

٢ — ان الاتفاقات الخالية من الغش هي في الواقع اساس لتحقيق اهدافها ونجاحها ، وانـــه اذا كانت العقود تهدف في جوهرها الى انتقال الاموال والخدمات فانه يجب لتحقيق مقاصدها ان يتم تنفيذها بطريقة سليمة وفي حدود القانون والا تقع اي مخالفة او تعديل في احكامها الا باتفاق الاطراف .

ولا شك ان مبدأ حسن النيـة يجب ان يسـود العقود من وقت الابرام حتـى الانتهـــاء .

---

(١) في نفس المعنى المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à

من التنفيذ [1] ، وقد نص التقنين المدنى على ذلك فى المادة ١٤٨ فى قوله " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيه " .

ويقصد بحسن النية فى مجال تنفيذ العقد ضرورة مراعاة الاخلاص والامانة فى الوفاء بما تضمنه العقد من اداء ، فسلوك المدين فى تنفيذه لالتزامه لا يقتصر تقديره على الحيطة والمهارة الواجبة فى ذلك ، ولكن ايضا على ضوء ما التزم من امانة واخلاص فى التنفيذ . وهذا الواجب لا يعتبر واجبا محددا بذاته ومستقلا عن سائر الالتزامات التى يرتبها العقد ، فهو لا يلزم المدين باتخاذ مسلك مجرد او تقديم اداء معين .. انما هو واجب متضمن فى جميع التزامات العقد . وتقدير ما اذا كان المتعاقد قد اعى حسن النية فى تنفيذ التزاماته مسألة يفصل فيها القضاء بالنظر الى ظروف الحال التى تم فيها التنفيذ اى انها مسألة موضوعية .

واذا كان الامر كذلك اى اذا كان عدم التنفيذ على هذا الشكل من الخطورة بحيث يؤثر على مصالح الدائن وعلى المعاملات بصفة عامة ، فانه يحق وجب ان يتعرض المدين الذى كان سببا فى ذلك للجزاء الملائم .

والقانون الحديث يعرف اكثر من نوع لهذه الجزاءات فبينما عدم صحة التصرفات القانونية له جزاء واحد هو البطلان فان عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عنه يستدعى عددا من الجزاءات يختلف كل منها عن الاخر فى طريقة عمله وفى اثاره ، فقد ينتهى احدها الى فرض احترام العقد وتنفيذه جبرا بينما الاخر قد يؤدى الى الغاء العقد او فسخه .

٣ ـ وهذا التعداد للجزاءات واختلافه قد يفسر فى نفس الوقت باختلاف انواع العقود التى تحتوى على التزامات مختلفة . ذلك ان تطبيق الجزاء لابد وان يكون بحسب نوعية الالتزام . اذ لا يمكن ان نطبق نفس الجزاء ، او نعامل بنفس الطريقة الالتزام باعطاء شئ او الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل ، لاسيما عندما نحاول الحصول على التنفيذ العينى عن طريق الجبر " التنفيذ العينى الجبرى " ذلك لان اللجوء الى الاجراءات الجبرية للتنفيذ العينى اذا كان مقبولا عندما يكون المقصود منه الحصول على عين او مبلغ من المال فى ذمة المدين ، فانه لا يجوز استعمال تلك الاجراءات للاجبار على القيام بعمل او الامتناع عن القيام به بل يجب فى

---

(1) انظر فى هذا المعنى السنهورى الوسيط جـ١ ص٦٢٧ فقرة ٤١٣ ، بهجت بدوى فى اصول الالتزامات سنة ١٩٤٣ ص ٣٩١ فقرة ٢٧٩ ، ـ حشمت ابو ستيت فى نظرية الالتزام ص٣١٤ فقرة ٣٣٩ ، ـ حسين عامر فى القوة الملزمة للعقد ١٩٤٩ ص٤٢ فقرة ٣٥ وما بعدها ، سليمان مرقس نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ص ٣٣١ فقرة ٢٦٠ ، جميل الشرقاوى مصادر الالتزام سنة ١٩٧٦ ص ٣١٦ ، بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ ص٥٠٨ فقرة ٣٧٩ / ٤٠

ينشأ من عقد او اى علاقة قانونية . فلم تعد الاجراءات التى تتسم بالقسوة والشدة على شخص المدين ذات دور كبير فى مجال المعاملات المدنية ولم يعد استعباد الدائن للمدين مقبولا من الناحية القانونية والاخلاقية فاصبح الالتزام رابطة بين ذمتين ماليتين الهدف منها تبادل عدة قيم اقتصادية ..

وفى هذا الصدد يعرف الاستاذ مازو [1] الالتزام : بانه علاقة قانونية ذات طبيعة مالية بين الاشخاص ، وان تنفيذ الالتزام من قبل اطراف العلاقة مرتبط بالغاية العملية المطلوب تحقيقها ، ولذلك فان عدم التنفيذ من جانب احد الاطراف لالتزامه من شانه ان يؤثر على مجموع العلاقة ويدفع بالطرف الاخر الى اتخاذ الموقف الذى يراه مناسبا للوصول الى حقه فى حدود القانون .

وبصدد الكلام عن الجزاءات فى القانون الحديث فنجد ان هناك اكثر من نوع لتلك الجزاءات سنحاول ان نستعرضها بايجاز تمهيدا للدخول الى الموضوع الاساسى وهو دارسة الفسخ كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام العقدى .

٥ - فالجزاء فى القانون الحديث كما يذهب الى ذلك استاذنا الدكتور جميل الشرقاوى [2] لا يقوم على فكرة العقوبة وحدها والتى تقع على شخص المخالف او ماله بل يقصد به كل ما تضمنه القانون من وسائل الاجبار التى تلزم الافراد باتباع القواعد التى يضعها ، وقد يكون الجزاء عقوبة يؤديها المعاقب من شخصه او ماله ، ولكنه جزاء نادر الوقوع فى نطاق القانون الخاص - اذ قد يكون تعويضا يلزم به مخالف القاعدة القانونية لمن اضرت به المخالفة ، او قسرا على تنفيذ الالتزام الذى تعهد به الشخص ثم امتنع عن تنفيذه ، لان القانون يجبر على الوفاء بالتعهدات .. او قد يكون حلا للرابطة التعاقدية اذا تعذر تنفيذ احد اطرافها لالتزامه " . لذلك فاول موقف يستطيع الدائن ان يتخذه تجاه مدينه هو المطالبة بالتنفيذ العينى للالتزام ، وله ان يلجأ الى القضاء والى السلطات المختصة لمساعدته فى ذلك ، غير ان له قبل ذلك ان يسلك عدة طرق قد يراها مجدية للحصول على ما يريد ، وخاصة اذا كان يستطيع ان يباشر

---

(١) مازو دروس فى القانون المدنى سنة ١٩٥٦ الجزء الثانى فقرة ٨ ، فى العهد العلمى للقانون الرومانى لم يكن التنفيذ على شخص المدين الا وسيلة لمعاقبته اذا كان سيء النية ، ورغم ذلك فقد تطور التنفيذ تحت اشكال عدة تدور كلها حول مال المدين الى جانب ان الفسخ فى هذا القانون كان يسمح فى بعض العقود بازالة العقد الذى اصبح عديم الفائدة .

(٢) الدكتور جميل الشرقاوى رسالة دكتوراه سنة ١٩٥٣ طبعة ١٩٥٦ بطلان التصرف القانونى

هذه الحالة الالتجاء الى وسائل اخرى ٠ لذلك فان تنوع جزاءات عدم التنفيذ لابد وان يتفق مع تنوع محل الالتزام ٠ فتأخير بسيط او تهاون او اغفال لامر غير خطر من جانب المدين قد يؤدى الى نتائج قليلة الاهمية بالنسبة للدائن يسهل مواجهتها عن طريق عدة وسائل ضغط يمكن ممارستها على المدين ٠ اما اذا كان الامر يتعلق بحالة من حالات عدم التنفيذ الجسيم فان الحال هنا يختلف بلا شك ، اذ من المفروض ان يكون الجزاء اكثر صرامة ، ورغم ذلك ، يجب علينا ان نبحث فيما اذا كان التنفيذ يصطدم بعقبة موقته او نهائية او ان عدم التنفيذ قد اصبح كليا ونهائيا ومن غير الممكن تداركه ، او اننا بصدد قوة قاهرة او سوء نيه او غش او سوء حظ بسيط الى اخره ٠٠٠ لان كل شكل من اشكال عدم التنفيذ يجب ان يقابله نوع معين من الجزاء ٠٠٠ وهذا من شأنه ان يظهر بأن هذا التنوع للجزاءات يسمح لها بان تنطبق باسلوب عملى ومناسب على مختلف الحالات . تلك اشارة عابرة لعظمة ودقة النظام القانونى الذى لا يقبل بجزاءات قاسية وغير ملائمة ، لان الطبيعة العملية للجزاء من شأنها ان تحدد غايته ومقصده بحيث لا يمكن ان يترك المشكل الحقيقى الذى يطرحه عدم التنفيذ ، دون حل ٠

وقبل البدء فى الكلام تفصيلا عن الجزاءات يمكننا القول بان القانون الحديث لم يصل الى تحديد صحيح لهذا المفهوم الا بعد تطور كبير بدأ منذ العهود القديمة وسار خطوة خطوة حتى وصل الينا بثوبه الحالى ، بحيث نستطيع الان ان نتبين ابعاده ، وان نعى الاهداف التى يقصد القانون الوصول اليها عند تحديده وتنويعه لمفهوم الجزاءات ٠

٤ ـ لقد كانت الجزاءات فى الماضى تهدف الى تحقيق غرضين اثنين : اولهما :ـ التعويض ، وثانيهما الزجر والعقاب اى معاقبة الطرف الذى لم يقم بتنفيذ التزاماته ، وفى نفس الوقت العمل على ارضاء الطرف الاخر ٠ فالفكرة التى كانت تسود المجتمعات القديمة تقوم على اساس عقاب المذنب او المخل باسم الجماعة "L'idee de viniote" وكانت تترجم عن طريق العنف الواقع على شخص المدين ويقوم بها الدائن احيانا ٠ وهذا كله نابع من عقلية خاصة كانت تمتاز بها تلك المجتمعات ، بحيث اصبح لمفهوم الالتزام معنى معين يستمد صفاته وحدوده من تلك العقلية ، فكل علاقة قانونية تستند على فكرة المقدره والقوة تكون نتيجتها استعباد المدين فى حالة تخلفه عن القيام بالتزامه ٠٠ الى جانب السجن والعمل لدى الدائن لفترة معينة والهدف من كل ذلك هو اجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ٠

اما فى عصرنا الحاضر فقد تغيرت تلك المفاهيم وبالذات مفهوم الالتزام الذى

تجاه مدينه بعض الاجراءات التي تتضمن نوعا من الضغط هدفها الوصول الى تحقيق التنفيذ التام للالتزام • فعلى سبيل المثال يمكن للدائن ان يضع عند ابرام العقد شرطا جزائيا يكون من شانه تقوية حقه تجاه المدين ومن ثم يساعده على تحقيق ما يريده في الوصول الى التنفيذ •

الى جانب ما تقدم يملك الدائن بمقتضى القانون بعض الوسائل التي تمكنه من الحصول على التنفيذ من جانب المدين ومن جملتها وسائل اجبار مباشرة ، واخرى غير مباشرة • ونبدأ بوسائل الاجبار المباشرة •

٦ - فالمعلوم ان التنفيذ العيني هو الذي يضمن الاحترام التام للعقد وبالتالي يحقق الهدف الذي يصبو اليه الدائن • لذلك يجب ان تتجه الجهود للوصول الى هذه النتيجة على شرط ان تكون وسائل الاجبار المباشرة المستخدمة ضد المدين تتضمن تناسبا في درجة الاكراه ومدى التخويف الذي من الممكن ان يتأثر به المدين ، الا انه بالرغم من ذلك قد يحدث بعض التعارض بين الفائدة التي قد يجنيها الدائن من التنفيذ الجبري وبين ضرورة حماية حرية المدين • ومع ذلك ففي الاحوال التي لا تكون فيها تلك الوسائل متعارضة مع حرية المدين فان الاجبار من الممكن اعماله • وكل ذلك يعتمد على طبيعة الالتزام غير المنفذ فبعض الالتزامات يسهل بصددها اتخاذ اجراءات التنفيذ العيني الجبري دون ان تؤدي الى المساس بجسم المدين او حريته ، والبعض الاخر على العكس لا يسهل فيها ذلك بحيث يصعب القيام بالتنفيذ الجبري ولنستعرض هذا الامر بشيء من التفصيل •

ا - بالنسبة للالتزام باعطاء :

وهو اقل الالتزامات تعرضا لصعوبات التنفيذ العيني الجبري ونجد ان له اكثر من صورة •

اولا : الالتزام بتقديم مبلغ من النقود • وهنا يسهل الحصول فيه على التنفيذ الجبري وذلك عن طريق الحجز على اموال المدين •

ثانيا : الالتزام بنقل الملكية او الحق العيني في المنقول • اذ نجد ان المشاكل التي تعترض التنفيذ الجبري في هذا النوع نادرة الحدوث • فبحسب المادة ٢٠٤ مدني فان الالتزام بنقل الملكية او اي حق عيني اخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات

يملكه الملتزم دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل [1] . فكيف يستطيع المدين في هذا الصدد ان يتهرب من التنفيذ الذي يحدث بصفة الهبة خارجا عن ارادته ، اذ لا يبقى بعد ذلك سوى مطالبة المدين بتسليم المنقول ، وهذا التزام بعمل يمكن تنفيذه جبرا على المدين.

اما اذا ورد الالتزام على منقول لم يعين الا بنوعه فقط ، فان الملكية كما هو معلوم لا تنتقل الا بالافراز (المادة ٢٠٠) وقد يحدث ان يرد الالتزام باعطاء على عقار ففي هذه الحالة لا بد من القيام باجراء معين من اجراءات نقل الملكية وهو التسجيل في سجلات الشهر العقاري وفي حالة اخلال المدين بذلك ، للدائن الحق ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم يغني عن تدخل المدين " المادة ٢١٠) للمعاونة في اتمام التسجيل .

ب - اما فيما يتعلق بالتزام العمل او الامتناع عن عمل ، فان التنفيذ الجبري في هذه الحالة قد يصطدم في بعض الاحيان ببعض العقبات المتعلقة بشخص المدين . اذ في الاصل ان المدين يلتزم بأدائه ، ولكن لا يتصور ان يقوم به الا مختارا اي برغبته وارادته . وفي اجباره على القيام به اعتداء على حريته [2] .

فكل فرد في الواقع حر ومسئول ، وبالتالي يجب ان يبقى حرا في القيام او عدم القيام بتنفيذ التزامه فهو وحده الذي يقدر الموقف الذي يتخذه وما يرتبه عليه من نتائج .

هذا وقد اجاز القانون في بعض الحالات للدائن اذا كان الالتزام بعمل ممكنا وغير متعلق بشخص المدين ان يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا، وفي حالة الاستعجال يجوز للدائن ان ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء (المادة ٢٠٩ من القانون المدني) [3] .

اما في حالة الالتزام بالامتناع عن عمل ، فانه اذا وقع العمل المخالف للالتزام

---

(١) يقابل هذا النص في القانون المدني الفرنسي المادة ١١٣٨ .

(٢) هناك مقوله في القانون الفرنسي ، مستمده من القانون الفرنسي القديم تقول :
"Nul ne peut être contraint de faire ou de ne pas faire quelque chose".
"Nemo potest praecise cogi ad fadum".

(٣) في نفس المعنى المادة ١١٤٤ من القانون المدني الفرنسي .

بالامتناع ، فان التنفيذ العينى للالتزام يكون ممكنا عن طريق ازالة ما وقع ، من ذلك مثلا ان يلتزم بائع المحل التجارى بعدم فتح محل اخر ينافس مشترى المحل المبيع في نفس الحي ، فان فتح المحل خروجا عن هذا الالتزام ، جاز الحكم باغلاقه ، وكذلك البناء في ارض خروجا على الالتزام بعدم البناء يجيز الحكم بازالة هذا البناء ، وعلى هذا تنص المادة ٢١٢ من القانون المدنى المصرى على انه " اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وآخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام وله ان يطلب من القضاء ترخيصا فى ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين (١) .

٧ - وهكذا يمكن القول بان التنفيذ العينى جبرا على المدين يكون ممكنا بالنسبة للالتزام بعمل او للالتزام بالامتناع عن عمل ، وذلك فى كل الاحوال التى يستطيع الحصول فيها على التنفيذ العينى دون ان يلزم لذلك التدخل الشخصى للمدين . اما اذا كان التنفيذ مستحيلا وذلك فى حالة الاخلال النهائى الذى يصعب اصلاحه irremédiable فان الدائن لا يملك فى هذا الفرض الا ان يكتفى بالتعويضات بناء على المسؤولية العقدية للمدين .

٨ - وقيام المسؤولية العقدية باعتبارها جزاء العقد يفترض ان هناك عقدا صحيحا واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . فاذا لم يكن بالمستطاع القيام بالتنفيذ العينى او امكن ولكن لم يطلبه الدائن وطالب المدين بالتعويض ، ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العينى ، فلا يجوز للقاضى الا ان يحكم بالتعويض اذا توافرت شروط جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وعلى ذلك جرت المادة ٢١٥ من القانون المدنى فى القول بأنه " اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبى لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه " .

والتنفيذ بمقابل او التنفيذ عن طريق التعويض هو طريق يلجأ اليه عندما لا يقضى بالتنفيذ العينى للالتزام ، فالاصل فى التنفيذ ان يكون عينيا ، ولكن هناك حالات لا مناص فيها من اللجوء الى التنفيذ عن طريق التعويض وتتلخص هذه الحالات فيما يلى :

١ - اذا اصبح التنفيذ العينى مستحيلا بفعل المدين اى بخطئه مع ملاحظة ان تنفيذ الالتزام يظل دائما ممكنا اذا كان محله مبلغا من النقود .

---

(١) فى هذا الفرض لا تجوز الازالة الا بالرجوع الى القاضى واستصدار حكم بها ، اذ لا يجوز للدائن القيام بالازالة بنفسه فى حالة الاستعجال ، لما قد تؤدى اليه من اعمال العنف وفى هذا يفترق الالتزام بالعمل وبالاعطاء عن الالتزام بالامتناع عن العمل ، حيث

٢ — اذا كان التنفيذ العينى ممكنا ولكن فيه ارهاق للمدين ، ولم يكن فى استبعاد هذا التنفيذ العينى ضرر جسيم بالدائن .

٣ — اذا كان التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن او غير ملائم الا اذا صدر من المدين شخصيا واستعين بالغرامة التهديدية ولم تجد فى حمل المدين على الوفاء .

٤ — اذا كان التنفيذ العينى ممكنا ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين ففى هذه الحالة يقضى بالتنفيذ بمقابل Exécution par équivalent اى بالتعويض مادام الدائن يطلب هذا التعويض ولا يعرض المدين التنفيذ العينى .

هذا وقد اشترط القانون للمطالبة بالتعويض شرطا اضافيا وهو الاعذار (م٢١٨) la mise en demeure ودوره هو اثبات تقصير المدين فى تنفيذ التزامه . صحيح ان التنفيذ بمقابل لايمكن ان يرضى الدائن بصفة كاملة لان رغبته الحقيقية اتجهت الى الحصول على التنفيذ العينى للالتزام ، لذلك كان تحول حق الدائن الى حق تعويض ، يعنى ان الدائن قد فقد كل امل له فى الحصول على التنفيذ العينى ، لكى يحصل بعد ذلك على تنفيذ بطريق التعويض والذى اصبح اخر ما يستطيع الوصول اليه . (١)

٩ — ومما يثير الانتباه ان التعويض المالى خير جزاء عندما يكون عدم التنفيذ قد تسبب فى ضرر مادى او جسدي لا يمكن ازالته بطريقة مباشرة ، مثل جرح او موت مسافر ، او خسارة فى المشتريات او فقد فيها يستحيل ان يحل محله شئ اخر . ومع ذلك يجب القول ان الطابع العملى للمسئولية لا يحقق الاهداف المرتبطه بالجزاء الا بصفة جزئية ، فعملها ينحصر فى الاساس على تعويض الدائن دون ان يكون لها اى دور عقابى rôle punitif لان تقدير التعويض يقوم فيها على اهمية الضرر ويهدر على جسامة الخطأ gravité de la faute وبالتالى تبقى بعيدة عن كل فكرة تتعلق

---

(١) ونضيف بانه اذا كان التعويض يرضى ظاهريا كلا من طموح الدائن والاعتبارات الملحة فى محاسبة المدين المتخلف فان تدخل القضاء فى تقديره قد يكون ضروريا فى بعض الاحيان اذا كان مبالغا فيه " فى حالة التعويض الاتفاقى . وقد نصت على ذلك المادة ٢/٢٢٤ بقولها " يجوز للقاضى ان يخفض هذا التعويض اذا اثبت للمدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة او ان الالتزام الاصلى قد نفذ فى جزء منه .

بعقاب المدين المخطيء (١) .

والتعويض ليس الا تحويلا لحق الدائن الذى اصيبالضرر الى دين يقدر بمبلغ من النقود وهذا من شأنه ان يعرضه لمشاكل يحتمله عند متابعة هذا الدين او مطالبته - من يسار المدين او عدم يساره او مزاحمه الدائنين حين اعساره او افلاسه .

وفيما يتعلق بوسائل الاجبار غير المباشرة التى وضعها القانون بين يدى الدائـــن فهى كالاتى :-

أ - يستطيع الدائن اذا كان العقد ملزما للجانبين ان يواجه مدينه بالدفع بعـــدم التنفيذ "Exceptio non admipleti contractus" وعلى ذلك نصت المادة ١٦١ من القانون المدنى المصرى بانه " فى العقود الملزمه للجانبيـــن اذا كانت الالتزامات المتقابله مستحقه الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به" . وهذا الدفـــع وسيلة ضغط او اجبار غير مباشرة عن طريقها يستطيع الدائن ان يمتنع عن تنفيـــذ التزامه اذا ما طولبيالتنفيذ وذلك عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه . والميزه الذى يمتاز بها هذا المسلك ان الدائن ليس فى حاجة الى الالتجاء الى القضاء لان هذا الدفع ليس الا وقفا موقتا للتنفيذ . فهو لا يؤدى الى ازالة العقد او انهائه . ولذلك قد يكون مرده فى اخر الامر الى القضاء فى الحالة التى يتمسك بها احـــد الاطرافبالدفع فيقره اولا يقره .

واذا كانت طبيعة الدفع بعدم التنفيذ تجعل من يتمسك به فى غير حاجـــة الى رفع دعوى ، الا ان الامر قد يتطلب اللجوء الى القضاء اذا تمسك كل مـــن

---

(١) فى كتابه مصادر الالتزام يقول الدكتور عبد المنعم البدراوى " ان القضاء لم يلتزم عادة بهذا المبدأ فهو يدخل فى اعتباره جسامة الخطأ ويفرق بين العمل والاهمال فى تقدير التعويض ، اذ لا يمكن ان ننكر على القاضى شعوره حين يميل الى التشديد علـــى المسئول حيث يكون الخطأ جسيما ومتعمدا والى التحقيق عنه حيث يكون الخطـــأ يسيرا وهكذا يدخل القضاء فى التعويض فكرة العقوبة الخاصة ، فضلا عن فكرة جبـــر الضرر ، ويقول بان المشرع قد اعتد بهذه الفكرة التى صدر عنها القضاء فى نصوص عدة وهو يشير الى نص المادة ٢١٤ المتعلقة بالغرامة التهديدية وضرورة ان يأخذ القاضى بعين الاعتبار فى تقدير التعويض النهائى ليس فقط مقدار الضرر الذى اصاب الدائـــن ولكن ايضا العنت الذى بدا من المدين ، كذلك النص على مسئولية المتعاقد عن الضرر غير المتوقع فى حالة الغش والخطا الجسيم ، وكذلك نص المادة ١٧٠ من القانون المدنى يقول ايضا ان الرجوع الى الاعمال التحضيرية فاننا نجدها قاطعة فى ان القاضى يدخل حسابه الخطا ضمن هذه الظروف الملابسه التى يراعيها عند تقدير التعويض ، ويقـــول بالرغم ان الماده ١٧٠ السالفة الذكر قد وردت فى الفصل الخاص بالمسؤولية التقصيرية الا انه لا شك ...

المتعاقدين به ، ومن ثم تجوز الاستعانة باجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين .

١٠ - وخلاصة القول هي ان الدفع بعدم التنفيذ وسيلة غير مباشرة يستخدمها الدائن للضغط على مدينه المقصر بقصد القيام بتنفيذ التزامه ، ويهدف في نفس الوقت الى تحقيق المساواه والعداله بين طرفي العقد حتى لايجد احدهما نفسه مضطرا الى تنفيذ العقد في حين ان الطرف الاخر لا يقوم بتنفيذه .

ب - وهناك حق اخر يملكه الدائن بمقتضى القانون وهو الحق في الحبس الذى اقرته المادة ٢٤٦ من القانون المدني - والحق في الحبس هو امتناع موقت عن تنفيذ الالتزام اذ يظل الحابس على موقفه حتى يستوفي كل ما هو مستحق له من اصل وفوائد ومصروفات ، على ان الحابس لايجوز له ان يتعسف في استعماله والا تدخل القضاء بناء على طلب صاحب المصلحة واجبره على تسليم الشيء اذا كان ما لم ينفذ من التزام مدينه قليل الاهمية لا يبرر حبس الشيء كله . وللبائع مثلا الحق في حبس الشيء المبيع الى حين استيفاء ثمنه ، ويجوز استخدام هذا الحق ايضا في حبس الشيء مقابل المصروفات الضرورية او النافعة في العقود العادية والوديعة ورهن الحيازة وفي حالات اخرى ليست بعقد .

١١ - ويهدف الحق في الحبس الى حمل المدين على تنفيذ التزامه ويقوم على اعتبارات من العداله وحسن النيه ، اذ مما يتنافى معهما ان يطالب شخص باداء ما عليه لاخر قبل ان يستوفي ماله قبل هذا الاخير ..

ويعتبر الحق في الحبس وسيلة اجبار غير مباشرة للحث على التنفيذ ، وليست وسيلة للتنفيذ ، وهو وان كان في حد ذاته اجراء من جانب واحد للحصول على الحق بغير الالتجاء الى القضاء الا انه طريق بسيط للمحافظة عليه ايضا فاذا اراد الدائن ان يقوم باجراءات التنفيذ ، فان له ان يلجأ الى الوسائل القضائية ولا يجب في هذا الشان ان يجعل من نفسه على نفسه قاضيا ...

" Sans pouvoire se faire justice a lui même "

جـ - وفي حالات اخرى يستطيع الدائن ان يحصل على حكم من القضاء بتوقيع غرامة تهديدية على المدين (   ) لحمله على تنفيذ التزامه وتحديد هذه الغرامة بمبلغ من المال يقدمه المدين عن كل فترة يتاخر فيها عن التنفيذ(١)

(١) يعرف الاستاذان مارتي رينو Marty- Raynend الغرامة التهديدية بانها :

" Une condmination comptementaire et conditionelle à une

والمعلوم ان هذه الوسيلة التهديدية كانت من ابتداع القضاء الفرنسي الذى ثبت عليها منذ حكم اصدرته محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ يناير ١٨٣٤ (١) . وقد كان مسلك هذا القضاء موضع نقد شديد فى اول الامر من جانب الفقه ، الا ان القضاء ثبت رغم هذا على مسلكه ، وخف من ناحية اخرى نقد الفقه لهذا المسلك (٢) .

وقد ساير القضاء المصرى القضاء الفرنسى فى هذا السبيل حتى جاء التقنين المدنى الجديد فقنن ما استقر عليه القضاء فى المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ . ولكون الغرامة ذات طابع تهديدى فانها لا تتحدد بمقدار الضرر الناتج من عدم التنفيذ ، وانما هى تراعى قدرة المدين المحتمله على المقاومة او على التمادى فى رفض التنفيذ العينى لان الهدف منها هو حث المدين وتخويفه بوسيلة ذات مضمون جزائى ومالى .

١٢ — وفى النهاية نصل الى القول بانه اذا تعذر امام الدائن ان يصل الى حقه بالوسائل المباشرة او غير المباشرة التى سبق ذكرها ، فان له ان يسلك مسلكا اخر جد حاسم يضع فيه حدا لعلاقته مع المدين وهو توقيع جزاء الفسخ على هذه العلاقة ، والذى هو موضوع هذا البحث وهو جزاء مضمونه حل الرابطة التعاقدية التى اختل توازنها بسبب عدم قيام احد اطرافها بتنفيذ التزامه ، وللوصول الى ذلك لابد من توافر بعض الشروط ، ولا يتم الحصول عليه الا اذا طولب به امام القضاء فيكون فسخا قضائيا ، او ينص عليه فى الاتفاق بناء على شرط فاسخ صريح ، فيكون فسخا اتفاقيا يتم بارادة الدائن ، ولا يمنع ان مجتمع التعويض مع الفسخ اذا كان هناك ثمة ضرر اصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه .

= volentairement son obligation " Droit civil t II N°667"

(١) نقض عرائض فرنسى ، سيريه ١٨٣٤ـ١ـ١٢٩ ، داللوز ١٨٣٤ـ١ـ٨١ـ وراجع فى موضوع التهديد المالى فرجافيل Fergaville فى موسوعة داللوز جـ١ ص٤٢١ـ٤٢٣ .

(٢) يقول احد الكتاب البلاجكة ويدعى M.R.O Dalcoq. فى صحيفة ٨ فقرة ١٩٥ من الكتاب المعنون باعمال جمعية هنرى كابيتان لاصدقاء الثاقفة الفرنسية سنة ١٩٦٤ ، " بان القضاء والفقه الفرنسيان قد وافقا على شرعية المطالبة بتوقيع الغرامة التهديدية على شخص المدين لانها لا تتعارض مع الحرية الفردية ، ويفرغ على ذلك القول بانه على الرغم من الفائدة المذكورة من هذه الغرامة فى اجبار المدين على التنفيذ المباشر للالتزامه فان الفقه والقضاء البلجيكيان لم يوافقان على شرعيتها بلا تحفظ وهو يشير الى كل من لوران فى الجزء ١٦ فقرة ٢٩٩ الى ٣٠٢ ، دى باج جـ٣ فقرة ١٦١ ويقول

"Bien que son utilite pour contrandre le dibiteur à l'exécution directe soit certaine la doctrine et la jurisprudence n'en ont J'amais admis la valdite.

تمهيـــــد :

تنص المادة ٨٩ من القانون المدنى على انه " يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد .

١٣ - والاصل انه بمجرد ان يتم التعاقد ، ويصبح ما اتفق عليه المتعاقدان قانونهما الذى اراده ، اذ ان العقد شريعة المتعاقدين - فانه ليس لاحد المتعاقدين ان يستقل بالغائه ولا ان يرجع فيه ولا ان يعدل عنه .

وقد نص على ذلك المشرع المصرى فى الفقرة الاولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى " على ان العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للاسباب التى يقررها القانون " وهذا النص كما هو معروف منقول عن القانون المدنى الفرنسى " المادة ١١٣٤ الذى اخذه بدوره عن دوما DOMAT فيما قاله هذا الاخير .

"Les convention ne peuvent être
révoquées que de leur convention commune

اى ان القانون يبيح نقض العقد والتحلل مما تضمنه من التزامات ، ولكن باتفاق الطرفين فيه ويعتبر هذا الاتفاق على نقض العقد او التعديل ، كانه عقد اخر ، وكل ما يلزم من قواعد او شروط لتكوين العقد هى بذاتها اللازمة لنقضه او تعديله ، وقد يتم الاتفاق على النقض او التعديل ضمنيا كما يتم التعاقد بذلك ، ففكرة القوة الملزمة للعقد تعتبر فى هذه الحالة جزءا لا يتجزأ من تحديده وتعريفه ، وركنا هاما من الغاية المراد الوصول اليها ، واذا كانت القاعدة العامة ان العقد ينقضى بتنفيذ الالتزامات التى هدف المتعاقدان اليها فى تعاقدهما - الا انه قد يحدث فى حياة العقد بعد تكوينه تكوينا صحيحا ، ما يؤثر على تلك الرابطة القانونية Vinculum Juris التى اراد طرفا العقد بتوافق ارادتيهما - ان ينشآها بينهما ، ما قد يؤدى الى انقضاء العقد قبل القيام بتنفيذ الالتزامات المتبادلة وفى هذا عنى القانون المدنى فى التشريعات المختلفة بوضع احكام تلك الاحوال ، مع مارسمه فى هذا الصدد من قواعد انقضاء العقد على الوجه الطبيعى .

وقد كانت احوال عدم التنفيذ ، وما يترتب عليها من اثار ، محل اهتمام من قبل المشرع المصرى ، فوضع لها الاحكام الخاصة بها ، ولم يشأ ان يسلك فى ذلك مسلك المشرع الفرنسى ، وبصفة خاصة فيما [illegible]

العقد فى القانون المدنى المصرى على ثلاثة انواع هـــى :

الفسخ القضائى ـ الفسخ الاتفاقى ـ والانفساخ بقوة القانون

ونعتقد ان الفسخ القضائى ، والفسخ الاتفاقى يقعان فى نفس المرتبه [١] حيـــث لا يوجد اصل ولا استثناء ، كما هو معمول به حتى الان فى فرنسا [٢] .

لذلك سنحاول فى هذا القسم ان تتكلم بصفة عامة عن الفسخ ونقسمه الى بابيــن ، الاول : يدور حول تعريف الفسخ وتحديد ماهيته ، ويكون فى ثلاثة فصول ، الفصـل الاول يدور البحث عن معنى الفسخ وتحديد خصائصه ، والثانى بعنوان اساس الفســخ وطبيعته ، والثالث ، مقارنة الفسخ ببعض الانظمة . اما الباب الثانى فيدور حول نطاق الفسخ وسيكون فى فصلين الاول بعنوان نطاق الفسخ فى العقود الملزمــة للجانبين ، والثانى ـ الفسخ فى العقود الملزمة لجانب واحد .

(١) وهذا ما اكدته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى اذ تقــول بخرض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين ، يتخلف فيه احد العاقدين عـــن الوفاء بالتزامه ، فيطلب الاخر فسخه ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به ، ويقـع الفسخ بناء على حكم يقضى به ، او تراضى المتعاقدين او بحكم القانون ، وبذلك يكون الفسخ قضائيا او اتفاقيا او قانونيا على حسب الاحوال .
مجموعة الاعمال التحضيرية ، ص ٣٢٧ ـ ص ٣٢٨ .

(٢) انظر القانون المدنى الفرنسى طبعة ١٩٢٨ ـ ١٩٢٩ دالوز المادة ١١٨٤ .
هذا ويمكن القول ان الفسخ فى القوانين الاخرى مثل القانون الالمانى ، والسويسرى والتركى والانجليزى فسخ اتفاقى وليس قضائى ـ غير انه يجوز اللجوء الى القضاء فى هذه القوانين فى مرحلة تالية اذا ما نشأ بين الاطراف خلاف حول تطبيقــه . وبالمقارنة بين القانون المصرى وبين تلك القوانين ، نجد ان القانون المدنـــى المصرى يتخذ له موقعا وسطا بين القانون الفرنسى والقوانين المشابهة له وبيـــن القانون الالمانى والقوانين المشابهة له [illegible]

** الباب الاول **

تعريف الفسخ وتحديد ماهيتـــه :

١٤ـ يمكن تعريف الفسخ بأنه " حل الرابطة التعاقدية بسبب اخلال احد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته ، وقد يحدث الفسخ اما بحكم القضاء او بطريق الاتفاق بناء على شـرط فاسخ اقترن بالعقد ، او بحكم القانون وذلك اذا استحال على احد المتعاقدين او كليهما تنفيذ الالتزام الذى تقرر بمقتضـى العقد بسبب اجنبى لا دخل لهما فيه .

وفى هذا الصدد تنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على ما يلى :ـ

" فى العقود الملزمه للجانبين ، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتضـى .

ويجوز للقاضى ان يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .

وتنص المادة ١٥٨ على انه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه .

المادة ١٥٩ تنص على انه " فى العقود الملزمه للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابله له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

اما المادة ١٦٠ فتنص على انه " اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالـة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض . ونص المـــادة ١١٨٤ من القانون المدنى الفرنسى كالاتى : (١)

(١) La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrat synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.
dans ce cas le contrat n'est point résolu de plein droit. la partre envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention l'orsqu'elle est possible ou d'en demender la résolution aveo dommages est intérêts la résolution doit être demandée en

الشرط الفاسخ يكون دائما مفترضا فى العقود الملزمة للجانبين فى حالة ما اذا لم يقم احد المتعاقدين بوفاء ما التزم به .

وفى هذه الحالة ، فان العقد لا ينفسخ بقوة القانون ، ويكون للطرف الذى لم يوف له بالالتزام ،الخيار بين الزام الطرف الاخر بتنفيذ الاتفاق اذا كان ذلك ممكنا ،وبين المطالبة بفسخ العقد مع التعويض .

يجب ان يطلب الفسخ عن طريق القضاء ،ويجوز للقاضى ان يمنح المدعى عليه مهلة بحسب الظـروف .

وقبل بيان الخصائص المميزة للفسخ يلزم بيان ما يقصد بالفسخ فى صوره المختلفة . فالفسخ La résolution ، يعنى انحلال العقد بسبب اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . ولهذا الفسخ اثر رجعى ، الى جانب اثره الفورى ، اما الالغاء او الانهاء كما يستعمله البعض من الشراح La résiliation ، فيعنى حل للعقد يقتصر اثره على المستقبل فقط دون ان يكون له اثر رجعى ، وكقاعدة عامة لا يجوز انهاء العقـد او الغاوه بالنسبة للمستقبل الا بتراضى الطرفين اللذين اشتركا فى تكوينه وقد يحدث ان يقدم احد المتعاقدين بانهائه من جانب واحد ، الا ان مثل هذا لا يقع الا حيث يتفـق عليه فى العقد او ينص عليه القانون (١)

وفى الحالات التى يخول فيها القانون احد المتعاقدين صفة انهاء العقد يجـب ان يعطى الطرف الاخر المهلة التى ينص عليها القانون اذا كان قد نص على مهلة للاخطار اما اذا اسىء استعمال هذا الحق فان الطرف الذى اساء يحتهد ف للمسؤولية .

والرجوع " révocation " قد يكون فى الهبة او فى غيرها من العقـود التى يبدأ فيها بتنفيذ الالتزامات ،وقد نص القانون على حق الواهب فى الرجوع فى الهبـة اذا تحققت سبب من الاسباب التى بينها القانون ولم يقم مانع من موانع الرجوع التى نص عليها فى المواد من ٥٠٠ الى ٥٠٣ ، ولكونه قريبا من الفسخ فانه لا يقع الا بترخيص من القضـاء او بالاتفاق عن طريق التراضى كما وله ايضا اثر رجعى . (٢)

---

(١) انظر فى تعريف الفسخ ثان حل ارتباط العقد فى الاشباه للسيوطى وهو مشار اليه عند حسن على الزنون ، رسالة دكتوراه ١٩٤٦ الفسخ فى الشريعة الاسلامية والقانـــون المدنى ص٣٢ ، ٣٣ .

(٢) نقض مصرى ١٦ اكتوبر ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١ ص ٤٧٠ ـ ، نقض مصرى ٢٦ مارس ١٩٥٣ مجموعة محكمة النقض السنة الرابعة رقم١٠٦ ص٦٩٨ ، انظر حشمت ابو ستيت فقرة ١٩٥ ص ٥٥٦ ، انور سلطان فقرة ٣٥ ص٤٠٢ حيث يقرر ان الرجوع فى [illegible]

والتقابل او التفاسخ résiliation conventionelle هو حل للعقـد باتفاق الطرفين ويعتبر الاتفاق على التقابل عقدا يتم بايجاب وقبول صريحين او ضمنين ،وقد تنصرف اراده المتعاقدين الى تقرير اثر رجعي للتقابل ،او تقتصر فقط على المستقبل [1]_ غير انه لا يجوز ان يوثر هذا التقابل سواء كان له اثر رجعي او لم يكن على الحقوق التـي كسبها الغير بناء على العقد . فاذا كان الطرف المتعاقد قد تلقى الشيء بمقتضى العقد ورتب عليه بعد ذلك رهنا ، فان عقد الرهن يبقى بعد عودة الشيء الى صاحبـه .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠ ويسمى الاتفاق على نقض العقـــد mutuo dissensu. dissentiment mutuel انظر في بيان ماهية هـــذا الاتفاق واثباته نقض مدني فرنسي ٢٢ نوفمبر ١٩٦٠ ـ دالloz ١٩٦١ ـ ٨٩ وتعليق هولو Holleaux مشار اليه في الوسيط للسنهوري هامش ص ٦٩٩ .

** الفصـــــل الاول **

*** الخصائص المميزة للفســـخ ***

١٥_ الفسخ كما ذكرنا انفا هو انحـلال الرابطة التعاقدية باثر رجعى نتيجة عـــدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كما يستفاد ذلك من نص المادة ١٥٧ من القانــون المدنى .

ولم تكن نظرية الفسخ هذه بالشىء البديهى الذى يسهل التسليم به، بل هى ثمرة تطور طويل . ففكرة العقد الملزم للجانبين والارتباط الذى يجمع بين الالتزامات المتبادلـــة يمثلان الاساس الجوهرى الذى يقوم عليه الفسخ بحيث يجوز للطرف المضرور ان يتخلـــص من التزامه عندما لا ينفذ الطرف الاخر ما عليه من التزام .

ففى القانون الرومانى لم يكن المفهوم الحقيقى للعقد الملزم للجانبين ذى الالتزامات المتبادلة معروفا بل كان العقد ينشىء التزامات مستقلة بعضها عن بعض ولا تقابل فيها ولم يكن مفهوم الارتباط بين الالتزامات معروفا ايضا فى بداية هذا القانون وان كان قـــد اتخذ شكلا اخر فيما بعد .

لذلك سوف نتناول فى هذا الفصل " نظرية الفسخ فى مختلف مراحل تطورها " فى القانون الرومانى القانون الكنسى . والقانون الفرنسى القديم . فى مبحث اول . وفى مبحث ثانى نتعرض لموقع هذه النظرية فى التشريعات الحديثة حيث نتطرق لكل مـــن التشريع الفرنسى والالمانى وبعض التشريعات المشابهة له ثم نتطرق الى موقف الشريعـــة الاسلامية من نظرية الفسخ وقبل ذلك نتناول وضع هذه النظرية فى القانون المدنى المصرى .

ويمكننا القول ان بدايات هذه النظرية قد تحددت مع القانون الرومانى ثم استمـرت حتى بداية القانون الفرنسى القديم . وما المادة ١١٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التـى سبق ان اشرنا اليها الا خلاصة ذلك التطور التاريخى حيث كان لكتابات دوما وبوتيه الاثـر الفعال فى اقرارها واظهارها بالصورة الماثلة امامنا الان (١) .

---

(١) بالرغم من الاعمال العظيمة لكل من دوما وبوتيه Domat-et-pothier فقد كان للفقه والقضاء من ناحية اخرى دور اكيد فى ابرازها وتحديد اهميتها وفى تثبيت بعض اوجهها وتغيير الاوجه الاخرى .

فبجانب دوما وبوتيه كان هناك الاستاذ ناز Naz فى رسالته بعنوان تاريخ الفسخ فى عقد البيع رسالة من جرونيل سنة ١٨٧٠ م وكاسان Cassin فى رسالته الدفع بعدم التنفيذ فى العلاقات الملزمة للجانبين باريس ١٩١٤ ومقاله فى المجلة الفصليـــة =

ونحن هنا سنحاول بقدر المستطاع اظهار هذه النظرية بالحالة التى كانت عليها فى مختلف مراحل تطورهـــا .

= للقانون المدنى ١٩٤٥ بعنوان نظرات فى الفسخ القضائى للعقود نتيجة عدم التنفيـــذ ـ مورى Maury رسالة بعنوان فكرة التقابل بين الالتزامات رسالة تولوز ١٩٢٠ ، بيطـــار وبرودوم Picard - prudhomme ـ مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنـــى ١٩١٢ ، ورسالة للبتييـــه Lepeltier رسالة من كان ١٩٣٤ فى الفسخ القضائى . وبريكان Borricain مقاله عن الشرط الفاسخ الصريح فى العقود ١٩٥٧ فى المجلة الفصلية للقانون المدنى كل ذلك لا ينسينا الخملين العظيمين لكل من بوايه Boyer فى رسالته . بحوث تاريخية فى الفسخ ١٩٢٤ من تولوز ـ والاستاذ الكبير كابيتان فى مؤلفه الشهير ـ سبب الالتزامات ١٩٢٣ .

وفى الكتابات العربية رسالة للدكتور حسن على الزنون ١٩٤٦ عن الفسخ فى الشريعة الاسلامية والقانون المدنى . زكى عبد البر فى تحمل التبعة سنة ١٩٥٣ ، ومقالة للدكتور عبد الحى حجازى فى مجلة القانون والاقتصاد جامعة عين شمس اعداد ١٩٥٩ ، ١٩٦٠ ، وغيرها من الكتابات فى مصادر الالتزام للفقه الاجنبى والعربى . وهناك مراجع اخرى ورسائل

المبحث الاول

نظرية الفسخ في مختلف مراحل تطورها

المطلب الاول

موقف القانون الروماني من نظرية الفسخ

١٦ — في البداية وقبل الكلام في القانون الروماني عن الفسخ ، لا يسعنا الا ان نشير الى ان هذا القانون لم يكن يعرف نظرية عامة للفسخ . ولذلك لا بد من البحث في ثنايا العقود المعمول بها في ذلك الوقت عن موقف لهذا القانون من تلك النظرية .

فالثابت كما هو معلوم ان هذا القانون لم يكن يعرف فكرة التقابل بين الالتزامات المتبادلة في العقود الملزمة للجانبين بل كانت تلك العقود تنشيء التزامات مستقلة بعضها عن بعض ولا تقابل بينها ، ففي الحالة التي لا يقوم فيها احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن امام الطرف الاخر الا المطالبة بالتنفيذ ، اذ لا يستطيع ان يتحلل من التزامه عن طريق المطالبة بالفسخ (١) .

الا انه بعد ذلك ظهرت تلك الفكرة "فكرة التقابل او التساند Interdependance تدريجيا " عندما عرف القانون الروماني العقود الرضائية ، وحسن النية في تنفيذ الالتزامات حيث افسح لها مجالا ضيقا في عقد البيع بعد ان اصبح عقدا رضائيا (٢) والسبب في ذلك كما يبدو من كتابات الفقه ان فقهاء القانون الروماني قد توصلوا بعد فترة طويلة الى نتائج غير صحيحة لمفهوم التقابل فكان تحديدهم لها محصورا وضيقا اذ قصروها فقط على مرحلة تكوين

---

(١) انظر في هذا المعنى لبلتيه رسالة من كان فقرة ٥ ص ١٢ ، موري فكرة التقابل فقرة ١ ص ٢٦٦ بوريكان الشرط الفاسخ الصريح المجلة الفصلية ١٩٥٧ فقرة ٢ ص ٤٣١ ، عبد الحي حجازي مقالته في مدى حياز الدائن من التنفيذ والفسخ السنة الاولى فقرة ٢ ، السنهوري في الوسيط ج ١ فقرة ٤٦٣ ص ٧٨٣ ، حشمت ابو ستيت مصادر الالتزام فقرة ٣٧٣ انور السلطان مصادر الالتزام فقرة ٣٥٤ ص ٤١١ ، جميل الشرقاوي مصادر الالتزام سنة ١٩٧٦ ص ٤٠٠ .

(٢) انظر جيرار Les commissoria ص ٧٣٣ ، موابيه بحوث تاريخية في الفسخ سنة ١٩٧٤ ص ١٥٤ ، ٢٥٨ ، مونيه Monier الوجيز في القانون الروماني الطبعة الخامسة ١٩٥٤ فقرة ٩٤ ص ١١٦ حيث يقول في ص ١٤٦ وعلى الخصوص في عقد البيع فقرة ١١٥
Cependant le Romains " N'ont jamais admis que les obligations nées de la vente consensuelle soient entièrement

العقد دون مرحلة تنفيـــذه (١)

غير انه قد تم الاخذ بفكرة التقابل فى مرحلة تنفيذ العقد ولكن فى حالات استثنائية بنـاء على اسباب خاصة كانت تودى الى ان يتحرر احد العاقدين من تعاقده عندما لا يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه ، بحيث يسمح له بالمطالبة بفسخ العقد .

هذا وقد تضمن القانون الرومانى بصدد الفسخ حلين مختلفين ، الاول رفض فيه الفسخ وذلك فى عقد البيع الا اذا تضمنه العقد صراحة بناء على شرط صريح والثانى أقر فيه الفسـخ ، وعلى الخصوص فى عقد الايجار والعقود غير المسماه .

١٧ ـ ففى عقد البيع وهو الاكثر استعمالا والاكثر اهمية نجد ان هذا القانون قد حدد موقفـه من حالات فسخه تحديدا غير صحيح ، وفهم فكرة التقابل فيه فهما غير مقبول ففى مرحلة تكويــن العقد ، يكون مما لا شك فيه ان يتوافر التقابل بين التزامات العاقدين ، وان اثار هذا العقـد بعد تكوينه اى بعد ابرامه لابد وان يبدأ فى تنفيذها ، فالبائع يلتزم بتقديم الشيء المبيع الـى المشترى ، والمشترى كذلك يلتزم بدفع الثمن الى البائع . فاذا اخل احد المتعاقدين بتنفيـذ التزاماته ، جاز للمتعاقد الاخر اجباره على القيام بها ، لكن لا يستطيع ان يستند الى قصـور مدنية لكى يتخلص من التزامه .

والحل الذى كان معمولا به فى هذا القانون (فى عقد البيع) هو ان البائع اذا امتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم فان المشترى الذى دفع الثمن لا يستطيع ان يطالب باسترداده . او اذا سلم البائع الشيء الى المشترى تسليما غير كامل اى منقوص فلا يحق للمشترى ايضا ان يطالب بالفسخ الجزئى . كذلك اذا كان القصور من المشترى بحيث لم يقم بدفع الثمن الى البائع . فان البائع لا يستطيع ان يتخلص من علاقته العقدية ولا ان يسترجع الشيء الذى سلمه الى المشترى .

لذلك حاول الفقه ومعه والمحاكم القضائية معالجة ما ظهر من نقص فى هذه الحلـول وبصفة خاصة فيما يتعلق بالاثر الذى يترتب على عدم التنفيذ . فذهبوا فقط ولمصلحة البائـع الى القول : بانه يجوز ان يتفق الطرفان على شرط خاص فى عقد البيع لمصلحة البائـــع

frent les fonder sur l'idée de bonne foi ou de gage tacite".

(١) ويبدو ان المحاكم الرومانية … Les jurisconsults romains

يسمى "Lex commissoria" يكون عقد البيع بمقتضاه مفسوخا فى حالة عدم قيام المشترى بدفع الثمن [١] . ولا يستطيع المشترى بالمقابل ان يتمسك بفسخ العقد عند عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه ، فحق الفسخ بمقتضى هذا الاشتراط الصريح يكون للبائع فقط ، فاذا اختار الفسخ ،فان العقد ينفسخ بقوة القانون ، وبالتالى يجب على المشترى ان يرد الشىء المبيع الى البائع ، وان يسترد الثمن منه اذا كان قد سلمه [٢] .

١٨ — وهذا واذا كان الفسخ فى عقد البيع غير مسموح به بصفة عامة الا على الصورة السالفة الذكر فان العكس موجود فى عقد الايجار والعقود غير المسماه ، حيث تظهر بوضوح فكرة الارتباط بين الالتزامات المتبادلة .

فالطابع المتتابع successif لاثار عقد الايجار يظهر بجلاء تلك الرابطة بين اداءات كل من المؤجر والمستأجر [٣] من وقت تكوين العقد الى حين انتهائه ومن ثم يكون الفسخ هنا محل اتفاق . الا اذا كان هناك شرط مخالف يتضمنه العقد يقضى بان عدم التنفيذ سواء كان كليا او جزئيا او كان منسوبا الى المدين او لقوة قاهرة لا يؤدى الى الحكم بالفسخ [٤]

— السابقة فى الدفع بعدم التنفيذ ١٩١٤ ص ٣٠ ، لبلتيه فى الفسخ القضائى ص ١٢ ، مونيه المرجع السابق ص ١١٧ . وانظر على الخصوص ، لابيه Labbe: Etudes sur quelques difficultes relatives à la perte de la chose due N°83; كورنيل Cornil "Evolution historique de la vente consénsuell , nouvelle (Revue historique 1901 P.150, S.)

(١) بوابيه بحوث تاريخية فى فسخ العقد الرسالة السابقة ص ١٠٥ ، لبلتيه الرسالة السابقة فقرة ٦ ص ١٤ ، بوريكان الشرط الفاسخ الصريح ، المرجع السابق ص ٤٣١ ، جيرار المرجع السابق ، مورى الرسالة السابقة ص ٢٦٧ ، مونيه المرجع السابق ص ٢٩٥ .

(٢) يقول لبلتيه فى هذا الصدد — "C'etait la un remèd utile à L'insuffisance de la législation." المرجع السابق . وانظر كذلك مونيه Monier فى الشرط الفاسخ فى القانون الرومانى ، المرجع السابق واستعراضه لهذا الشرط فى العهد العلمى ، وعهد جوستيان فقرة ٢١٧ ص ٢٩٥ ، وكذلك جيرار المرجع السابق Manuel 1929 ص ٧٦٧ الى ٧٦٩ .

(٣) انظر فى هذا المعنى كابتان فى السبب الطبعة الثالثة ١٩٢٧ ص ١١٨ .

(٤) يقول مونيه فى كتابه الوجيز فى القانون الرومانى الطبعة الخامسة ١٩٥٤ — ص ١٧٢
(Le contrat de louage peut également s'éteindre avent terme par la volenté contractante des deux parties ; de plus , dans certain nombre de cas, le bail va être résilié par la volonté d'une seule des parties: la locataire qui n'a Pas été mis en possession de la chose ou ne peut plus en jouir , par suite du défaut de reparations, a le droit d'exiger la résolution

اما فى العقود غير المسماه ، فان الترابط بين الالتزامات المتبادلة يظهر فيها ايضا بوضوح اذ كان يسمح للدائن فى هذه العقود . اذ قام بتنفيذ ما التزم به ان يطلب فسخ العقد بفضل دعوى تسمى
" La condictio causa data causa ne se cuta, ou la condictio ob rem doti".

وكان من اثر هذه الدعوى ان تعيد الاطراف الى ما كانا عليه قبل التعاقد (١) ، والى جانب ذلك كان للدائن ايضا ان يطلب التنفيذ بناء على دعوى تسمى
(L'actio praesriptis verbis ou, actio civilis in factum)
تلك هى الحلول التى جاء بها القانون الرومانى فى الحالتين اللتين سبق ذكرهما .

ففى عقد الايجار والعقود غير المسماه كان الفسخ مقبولا اما فى الحالات الاخرى وبصفة خاصة فى عقد البيع فان الفسخ فيها كان مستبعدا الا اذا نص على ذلك صراحة فى العقد من قبل الاطراف

يتبين لنا مما سبق ان ثمة اختلافا كبيرا بين الفسخ المعمول به فى عقد الايجار والعقود غير المسماه وبين العقود الاخرى الذى ينشأ فيها الفسخ بمقتضى الشرط المعروف Lex commissoria فالفسخ فى الحالات الاولى فسخ قضائى اما فى الحالات الثانية فهو فسخ بقوة القانون (٢)

١٩ - والخلاصة : هى ان القانون الرومانى لا يعرف الفسخ نتيجة عدم التنفيذ فى العقود المسماه ولكنه يعرف الفسخ فى العقود غير المسماه والعقود المتتابعة التنفيذ ، مثل عقد الايجار وعقد الشركة (٣) . وكما سبق ان اشرنا يجيز فسخ عقد البيع اذا كان

---

chose en bon père de famille ou ne paie pas le loyer pendant un certain temps qui est fixè à deux ans sous justinien (D.19,2,fr.56,itp)

(١) يقول مورى فى رسالته فكرة التقابل بين الالتزامات ان هذه الدعوى تستند على الاثراء بلا سبب (enrichissement sans cause) اذ يقوم على اعتبار ان العدالة وحسن النية التى يتاسس عليها الفسخ تسمح للمتعاقد باسترجاع الاشياء التى سبق ان سلمها (ص ٢٦٧) وانظر ايضا موينه المرجع السابق فقرة ١٤٤ ص ١٩٣ .

(٢) لبليته الرساله السابقة ص ١٥ فقره ٧

(٣) انظر فى هذا المعنى كاسان الرسالة السابقة من ص ١١ الى ١٨ ، - بوبيه الرسالة السابقة ص ٥٣ وما بعدها ، - جيرار فى الوجيز فى القانون الرومانى باريس ١٩٢٩ ص ٦٠٩ ، بلانيول وريبر واسمان جـ ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٥٧٠ ، كذلك كاسان فى مقاله بالمجله الفصلية ١٩٤٥ ص ١٦٢ فقرة ٢ .

بمقتضى شرط صريح فى العقد ولمصلحة البائع فقط .

لكن الذى يثير الانتباه بصفه عامه فى هذا القانون ، هو انه بالرغم من استمراره حتى العصر الوسيط الا انه عرف تطورا واضحا على ايدى الشراح واتباع الفقيه الرومانى بارتول (des Glossateures des Bartolistes.) [١] فكان لهم تأثير كبير وبصفة خاصة فى مجال الفسخ ، حيث طالبوا بضرورة توحيد النظرية الرومانية المجزأه ، وقالوا بأنـــه فى كل الالتزامات العقدية المتبادلة يعتبر الالتزام المقابل هو الغرض المقصود من العقــد فاذا لم يقم الطرف المقابل بتنفيذ التزامه فانه يجب ان يسمح بفسخ العقد ، وفرعوا علـــى ذلك القول بان فسخ العقود غير المسمـاه عن طريق الدعوى المسماه La condictio obo causame. ، يظهر وكانه تطبيقا مباشر للمبادىء العامة للقانون اذ يعتبر قاعدة عادية ومألوفه ، وليس كحل خاص لنوع غير محدد من الاتفاقات [٢]

ورغم هذا يمكننا القول ، بان تلك الحلول العملية التى اشار اليها الشراح الرومانيـون لا تختلف عما ذهبت اليه نصوص القانون الرومانى نفسه اذ يستبعدون الفسخ دائما فـــى العقود المسماه باستثناء عقد الايجرا ، ثم يتصورون بانهم قد جاءو بأدله وبراهيم قاطعـــة للتدليل على ما يقولون ، الا ان ذلك لا يمنع من انهم قد اتفقوا على ان عدم تنفيذ احـــد الالتزامات فى العقد الملزم للجانبين يؤدى بصورة طبيعية الى فسخ هذا العقد .

وهكذا نصل الى القول بانه لم توجد فى هذا القانون نظرية عامة للفسخ ، ولكن كانت توجد هناك حلول جزئية لحالات محدده استمر الاخذ بها الى نهاية عهود هذا القانون ، اما المبدأ العام فانه لم يكن موجودا الا فى مخيله الشراح والكتاب.

---

(١) انظر فى هذا المعنى بصفة خاصة كاسان الرسالة السابقة ٩٨،٩٧ ، شوريه دراسة تاريخية للسبب رسالة باريس ١٩٢٩ ص٨٨ ، ١٣٢ ، ١٣٩ ، كابيتان فى السبب فقرة ٧٢ ومابعدها ، بوييه الرسالة السابقه من ص ٢٨٩ الى ٣٣٨.

(٢) بواييه الرساله السابقه ص ٣١٤ .

المطلب الثانـــــى

موقف القانون الكنسى من نظرية الفســـــخ

٢٠ — تختلف نظرية الفسخ فى القانون الكنسى ، اختلافا كبيرا عنها فى القانـــــون الرومانى (١) .

فالقانون الرومانى ، كما سبق ان اشرنا لم يعرف نظرية عامة للفسخ بل عرف فقط حلولا متفرقة ، تنطبق على حالات محدودة .

اما القانون الكنسى ، فان الامر فيه يختلف ، اذ عرف الفسخ ، واعتبره نظريـــة عامة ، ذات تطبيق موحد فى المجال التعاقدى . على اعتبار انها تمثل امتدادا لنظريـــة الدفع بعدم التنفيذ ، بحيث يشمل تطبيقها كل انواع الالتزامات ايا كان مصدرها — والجدير بالذكر ، ان الكنسين قد استعملوا فى تبريرهم لهذه النظرية " نظرية الفسخ " نفـس المعنى الذى استعملوه فى تبرير نظرية الدفع بعدم التنفيذ . الا وهو الاخلاق .

ففى القوانين التى تعتمد فى اساسها على الدين " religieuses "
نجد ان مفاهيم الاخلاق ، تلعب دورا هاما ومؤثرا فى النظريات القانونية المتعلقة بها . حيث فكرة العقوبة او القصاص " Châtiment " ضرورية لتوقيع الجزاء على كـــل مخطئ وآثم وهذا ما نجده بصورة جليه فى القانون الكنسى — اذ ذهب الكنسيون الى تقرير فكرة مؤداها ، ان من لا يستطيع ان يحصل من المتعاقد على ما هو مستحق له ، والـذى هو فى نفس الوقت محل التزامه ، يكون فى حل من الامتناع عن تنفيذ ما تعهد به ، وقد اقاموا تلك الفكرة على اساس خلقى .

حيث ان التعهد لا يلزم صاحبه اذا تحلل الطرف الاخر عن تعهده ، وهى مستمدة من الحكمة التى تقول : " لا يراعى عهد من لم يراع عهده " — "Frangenti fidem, non est servanda

او بمعنى اخر " No servanti fidem non servanda servatur adem"

وعندما ظهرت هذه النظرية فى القرن الحادى عشر ، كانت ذات طابع عقابـــى محض un caractére pénal . اذ يكفى لتطبيقها ، ان توجد بيـــن

(١) الرسالة السابقة فى تاريخ فسخ العقد من ص ١٤٥ الى ص ١٥٧ — كلمان — الرسالة السابقة ص ٤٢ ، وما بعدها ، و ص/ ٩٦ وما بعداها — كابتان — فى السبب فقرة ٦٨ ، ٧٠ ، ١٤٩ — بوايه — الرسالة السابقه ص ٢١٢ ، ٢٨٨ ، ٤١١ —

طرفين عدة التزامات او عدة واجبات متبادلة ، سواء كان مصدرها عقدين مستقلين او لا تستند في مصدرها الى ارادة الاطراف، ولكنها الزمت وفرضت بناء على سلطة اعلى ، فانه وفقـــا لهذه الاحوال فان الفسخ يظهر وكأنه حكم ليس له ارتباط بالعقد . (١)

اما عندما يكون مصدر الالتزامات المتبادلة نفس العقد فان فسخ العقد نتيجـــة عدم تنفيذ احـد التزاماتـه هو فسـخ شبيـه بالفسـخ الذى تضمنته احكام المادة ١١٨٤ فرنسى والمادة ١٥٧ مصـــرى .

لكن ، في غضون القرن الثانى عشر ، ظهر تطور واضح لمفهوم الفسخ ، بالرغــم من احتفاظه بالطابع العقابى ، اذ ذهب بعض الكنسيين الى القول بان العقوبة المفروضـــة على المدين المقصر تتضمن شقين :

الاول : فسخ للعقد ناتج من امتناع ارادى ، وليس من حالة عن حالات القوة القاهـــرة

الثانى : ان المتعاقد المضرور من جراء عدم التنفيذ ، يستطيع ان يحصل على تعويـــض بالرغم من الغاء العقد .

وبعد ذلك بدأ الطابع العقابى للفسخ يفقد اهميته رويدا رويدا حتى اختفى فـى اخر الامر ، وحل محله الطابع العقدى le caractér contractuel الذى اصبح اساسيا فقد استطاع الكنسيون ان يصلوا الى تحليل دقيق لارادة المتعاقدين اذ لاحظوا في العقد الذى ينشئ التزامات متبادلة ، ان كل طرف منه قد التزم من اجـــل الحصول على الفائدة الموجودة في الاداء المقابل ، والموعود به من قبل المتعاقد الاخـــر . وعلى هذا الاساس فقد استفيد من بعض النصوص التشريعية ومن التفسيرات المتعلقة بها ، انه وفقا للمبدأ الموضوعى للتوازن الموجود بين الاداءات الموعود بها من قبل الاطـــراف فان الفسخ لا يكون ممكنا الا اذا كان عدم التنفيذ قد ادى الى حرمان الدائن من الفائـدة التى كان يرجوها من تعاقده . (٢) وهذا يعنى ان الفسخ هنا يبدو وكأنه تطبيق خـــاص لنظرية الشرط . (٣)

Ma resplution apparaît danc comme une application speciale de la theorie de la condition.

٢١ — مما تقدم يتضح لنا ان المفهوم الكنسى للفسخ قد تأسس على التفسير المفتـــرض

---

(١) بوابيه الرسالة السابقه ص ٢٢٣ .

(٣) بوابيه الرسالة السابقه ص ٢٥٢ .

(٣) [illegible]

لارادة الاطراف، ومن ثم اتسع مجال تطبيقه - اذ لا يوجد أى سبب يمنع من تطبيق الفسخ على العقود الرضائية المسماه - فى حين تطبق قواعد، مختلفة، فى العقود غير المسماه والسبب فى ذلك ان الظروف الخاصة التى تصاحب فى العادة تكون العقد، قد ساعدت على تسهيل التطبيق العام للفسخ -

وتجدر الاشارة الى ان العلاقات العقدية فى ذلك العهد كانت تدعم فى الغالب فى الاحيان باليمين او بالقسم Un serment promissoire [1] وان العقود التى تتضمن يمينا او قسما كان يمكن فسخها سواء كانت عقودا مسماه او غير مسماه، وان الفسخ كان لا يتم الا عن طريق القضاء. فى حين لا تختص المحاكم الكنسية الا نادرا فى الحالة التى يرفع امامها نزاع حول طلب فسخ عقد لا يحتوى على مثل ذلك القسم أو اليمين، بحيث لا يجرى تطبيق القواعد الكنسية على عقد غير دينى un contrat purment séculier ومن المؤكد ان الفسخ كان يطبق بصورة شاملة على عقد الايجار والشركة والقرض. [٢]

والسؤال المطروح الان، والذى يثير ظلالا من الشك هو فى الفرض الخاص بعقد البيع، هل كان هذا العقد يخضع مثل غيره من العقود للفسخ ... ؟ والاجابة على هذا السؤال نجدها عند بواييه - Boyer - حيث يقول، بان عقد البيع اذا لم يتضمن قسما او يمينا كان لا يخضع للفسخ [٣].

تلكم هى القواعد الاساسية للفسخ فى القانون الكنسى، ويمكننا ان يستخلص من

(١) ويتساءل بول اسمان حول قيمة القسم فيقول :

comment la non-exéecution d'une des obligation nées d'un contrat synallagmatique renforcée par un serment promissoire entrainait la résolution de ce contrat, quelle que fait la nature. (ESMEIN, le serment promissoire un droit canonique, Nouvelle Revu Historique , 1888 notamment P.312.)

وانظر فى الرد على ما قاله اسمان لهلنيه الرسالة السابقه ص١٩ وراجع فى تاثير القانون الكنسى على النظرية الحديثة للفسخ - Naz - الرسالة السابقة من ص ١٤٥ - الى ص ١٥٧، وكاسان الرسالة السابقة ص٤٢ ومابعدها، ص ٩٦، ٩٧، كابتان فى السببن ص ١٣٣ الى ص ١٣٦، ص ٣١٥، ص ٣١٧.

(٢) بواييه الرسالة السابقه ص ٧٧.

(٣) وقد استخلص بواييه هذا الراى من الشراح والكتاب فى ذلك العهد، انظر رسالته بحوث تارخية فى فسخ العقد، رسالة من تولوز - ١٩٢٤ من ص ١٢٨٢ الى ص ٢٨٦.

تلك القواعد امرين :

الاول : ان هذا القانون قد عرف نظرية حقيقية وعامة للفسخ حيث طبقها بصورة طبيعية في المجالات العملية ، على الاقل في العقود التي تتضمن قسما او يمينا .

الثاني : ان النظرية الكنسيه في الفسخ قد تاثرت كثيرا بتكويناتها الاصلية ، حيث لم تفقد بصورة كلية طابعها العقابي ، اذ كان رجال الكنيسه يعتبرون الفسخ منطويا من ناحية على عقاب المدين الذى لم ينفذ التزامه ، ومن ناحية اخرى يحقق العداله لدائن (١)

(١) يقول الاستاذة بلانيول وريبر وبولنجيه بان " الفسخ في القانون الكنسي كان ذو طابع عقابي ، وعلى الخصوص في حالة سوء النية وفي نفس الوقت كان الكنسيون يبنون الفسخ في العقود على الاراده المفترضه للاطراف ويفرعون على هذا القول بانه
" Dans le serment promissoire qui était de leur compétence ils sous-entendait cett condition, il y a vait dans un [illegible] (Trait De Droit civil T II

المطلب الثالث

نظرية الفسخ في القانون الفرنسي القديم

٢٢ - القانون الفرنسي القديم ، يقوم في الاصل على الاعراف القديمة ، اذ لم يكن يتضمن الا نصوصا قليلة ومتناثرة " eparses " تقر الفسخ في حالات معينة وبالتالي لم يكن يحتوى على نظرية عامة للفسخ تنطبق في جميع الاحوال(١) .

وقد كان يشق على الفقهاء والمحاكم في ذلك العهد ، الخيار بين الحليين اللذين وردا في كل من القانون الروماني ، الذى يطبق في بلاد القانون المكتوب ، والذى يرفض فسخ العقود المسماه - والقانون الكنسي الذى يطبق قواعد متماثله في جميع العقود ، سواء كانت مسماه او غير مسماه .

الا ان امرا كهذا لم يدم طويلا ، اذ ظهر في النصف الثاني من القرن السادس عشر عاملان هامان اديا الى الاخذ بالفسخ في العقود المسماه ، الاول : اراء الفقهاء وهم النظريون ، الثاني : مسلك رجال القضاء العمليون . ولم يتردد فقهاء ذلك العهد في محاربة التمييز بين العقود المسماه ، والعقود غير المسماه . وكان منهم كونان Connan وشارون Charoudas le Charon - اما المحاكم Les parlements فقد اهتمت اهتماما كبيرا بتلبية الحاجات العملية الجديدة بالاعتبار وانشات بذلك نظريتها الجديدة التي تنطبق على جميع الحالات لكونها تمتاز بطابعها العام فطبقت نظريتها تلك

---

(١) انظر في ذلك " ناز " Naz الرسالة السابقة ص ١٨١ ، وما بعدها ، كاسان الرسالة السابقة من ص ٩٩ الى ١٠٧ ، كابيتان " السبب فقرة ٧٧ وما بعدها وفقرة ١٥٠ ، " بواييه " الرسالة السابقه من ص ٣٢٩ الى ص ٤٠٦ . الرسالة السابقة وخصوصا ص ٢٢٩ الى ص ٢٤٢ " موري " الرسالة السابقة في التقابل جـ ١ ص ٢٦٨ .

(٢) ليبليه الرسالة السابقة ص ٤٢ ، " كابيتان " في السبب فقرة ٧٧ ، والغموض الذى نشأ في ذلك الوقت كان بسبب فكرة السبب ، بمعناها الغرض المباشر ، او بمعناها الاخر - السبب الدافع اذ ذهب الفقيه " ديمولان - Dumoulin - الى التاكيد على الارادة وحدها باعتبارها المصدر الوحيد لتكوين العقد . واصلا بذلك بين الارادة والسبب وجاعلا للسبب المعنى الذى فهمه الفقهاء الكنسيون ، ولذلك فقد اقر بأن العقد من الممكن فسخه في كل الاحوال التي يكون فيها الدائن في مركز لا يحصل منه على الاداء المقابل للاداء الذى التزم به وفرع على ذلك بان هذه القاعدة جائز تطبيقها على جميع العقود ، وبالذات عقود المعارضة وفي هذا الصدد يقول موري في رسالته " التقابل " ص ٢٦٨ بان " ديمولان " عندما كون نظريته في فسخ العقد نتيجة عدم التنفيذ كان قد كونها خارج الشرط الفاسخ الضمني ، اذ لم يوافق مطلقا على ان تسلم الثمن وحده في كل الاحوال هو الغرض المقصود من العقد بالنسبة للبائع - انظر موري

على حالات بيع المنقول ، واقرت بذلك امتياز البائع وحقه فى استرداد المبيع . ثم وسعت تطبيق نظريتها فأصبحت تشمل البيوع العقارية .(١)

وقد استمر هذا الموقف لكل من الفقهاء والمحاكم على ماسبق ذكره حتى بداية القرن السابع عشر دون ان يكون هناك أى ابتكار أو تجديد فى نظريتهم .

والجدير بالملاحظة ان محاكم ذلك العهد ، عندما كونت نظريتها فى الفسخ كانت تستند على مفهوم الشرط الفاسخ الضمنى – وعلى الارادة المفترضة للاطـراف .
Les parlements invoquent surtout l'idee de condition sous entendue et de volonte presumée des parties.

٢٣ – وهكذا يتضح لنا انه فى ذلك العهد كانت نظرية الفسخ تتصف بطابعها العـام غير المقيد بحيث تشمل كل التصرفات الملزمة للجانبين .

وفى القرن السابع عشر ، جاء دوما (٣) – وجاء بوتييه (٤) – فى القرن الـذى تلاه – وذكرهما هنا ، المقصود منه ، ان هذين الفقيهين ، كان لهما دور كبير فـــى اظهار نظرية الفسخ بالصورة التى كانت عليها فى ذلك العهد ، وعلى الخصوص فى اواخر عهد القانون الفرنسى القديم . اذ كان اعتمادهم يقوم فى الاساس على تحليل ارادة المتعاقدين ، كما سبق ان ذهب اليه الكنسيون .

وفى هذا الصدد يقول بوتيه – Pothier (٥) " انه فى العقود الملزمـــة للجانبين ، يكون كل طرف من اطراف العقد ، قد اضمر فى نفسه بأنه لن يقوم بتنفيذ التزامه الا اذا قام الطرف الاخر فى نفس الوقت بتنفيذ التزامه . " وقد شدد بوتيه على اهميـــة عدم التنفيذ للحكم بالفسخ وذلك بالقياس الى قيمة الالتزام الذى كان الطرف الذى يتمســـك بالفسخ قد تعاقد على اساسه .

(١) انظر فى موقف تلك المحاكم ، وكيفية تطور نظريتها – بوابيه – الرسالة السابقة مـــن ص ٣٠٥ الى ص ٣٨٠ وهو يشير الى محكمة رون Rouen فى حكم لها بتاريخ ٢٣ نوفمبر ١٥٨٤ و١٣ مارس ١٦٠٩ ، ١٣ ابريل ١٦١٧ .

(٢) لبلتيه الرسالة السابقة ص ٢٢ وهامش رقم ٣ .

(٣) Domat. Lois civiles, des engagements, section 1 Art V,de la vente section II, XIX, Section XII, Art XII

(٤) Pothier, Gaité de obligations N'672, traite de la vente N' 69 et surtout 475, constitriction N'229.

(٥) بوتييه – فى عقد البيع فقرة ٤٧٥ .

وقد ميز " بوتييه " ايضا بين الشرط الفاسخ الضمنى والشرط الفاسخ الصريح ، واجاز تدخل القاضى فى الحالة الاولى " فى الشرط الفاسخ الضمنى ، دون الشرط الفاسخ الصريح ، ذلك لانه يعتبر ان تدخله غير جائز وغير مفيد فى الشرط الفاسخ الصريح لان الفسخ فيه يقع بقوة القانون .

٢٤ - ومن ذلك يمكننا القول ، بان فسخ العقد الملزم للجانبين ايا كان نوعه - بسبب عدم تنفيذ الالتزامات ، كان معترفا به فى نهاية عهد القانون الفرنسى القديم . وكان يتأسس على تفسير الارادة الضمنية او المفترضة
للاطراف كذلك اتسعت نظرية الفسخ فى ذلك العهد وامتدت الى اقصى ما يمكن ان تمتد اليه اذ طبقت على حالات العقود العينية - التى يكون فيها التسليم ركنا اساسيا ويعتبر فى نفس الوقت من جملة الالتزامات المتقابلة بين الاطراف (١) . فتدخل القاضى للحكم بالفسخ كان شيئا عاديا ومطلوبا - ثم ان سلطاته كانت تتسع شيئا فشيئا ، فاصبح يملك سلطة التقدير ، ازاء عدم تنفيذ الالتزام ومدى اهميته فى الحكم بالفسخ بجانب حقه فى منح المدين مهلة للتنفيذ . وطالما كان الامر كذلك ، فان الفسخ فى الاصل لابد ان يطلب من القضاء .

مع ملاحظة ان الدائن كان يملك حق الخيار ، اما فى المطالبة بالتنفيذ ، واما المطالبة بالفسخ . والثابت من كتابات - دوما (٢) - ان الفسخ فى نهاية عهد القانون الفرنسى القديم كان يحتفظ فى بعض الاحيان بطابع عقابى - " فى نورماندى En nourmandie - اذا كان البائع يستطيع ان يحصل على تعويض بجانب حصوله على ثمن الشئ المباع (٣) الا انه من غير المعقول ان نغالى فى اهمية الطابع العقابى فى نظرية الفسخ - ذلك لان الكتاب والمحاكم ، فى ذلك الوقت لم يترددوا فى الحكم بالفسخ فى العقود عندما يكون عدم التنفيذ ناتجا من قوة قاهرة .

وهكذا يتضح لنا ان نظرية الفسخ عند دوما - وبوتييه - لم تكن لتأتى بشئ جديد مما كانت عليه الحلول فى السابق . الا ان دورهما كان ينحصر فقط فى تنظيم تلك الحلول ووضعها فى قالب عام . وبصفة خاصة فى مجال اثار الفسخ ، اذ كان لذلك اثر كبير فيما بعد ، اى فى القرن الثامن عشر وما بعده .

تلك هى باختصار نظرية الفسخ فى القانون الفرنسى القديم - وهى تقوم على

---

(١) دون ان ننسى انها اخذت فى بعض الاحيان " بالشرط الفاسخ الصريح .
(٢) Domat, des engagements, section I. Art V, Pothier, Construction de vente n' 229.

اساس الارادة المفترضه للاطراف • والخاضعة للقواعد العامة للشرط الفاسخ — حيث تتمثل قواعدها في ضرورة تدخل القضاء • في الاحوال المختلفة التي ترفع فيها الدعوى امامه " اى دعوى الفسخ " مع امكانية منح المدين مهلة للتنفيذ

— وفي ان الفسخ جائز في جميع العقود الملزمة للجانبين عندما لا ينفذ احد الالتزامات التي تتضمنها •

** المبحـث الثانـــــى **

النظرية الحديثـــة للفســـــخ

تمهيـــد :

٢٥- كلنا نعلم ان التقنين المدنى المصرى الجديد ، لم يستحدث شيئا فى نظريـــة الفسخ بالنسبة للحالة التى كانت عليها فى القانون القديم . الا ان النصوص الحديثـــة فى الفسخ تمتاز عن سابقها فى القانون القديم . بالوضوح والاحاطة بالموضوع .

وقد كان القانون القديم ينص فى المادة ١١٧، ١٧٣ على مايلى : " اذا امتنع المدين عن وفاء ماهو ملزم به بالتمام ، فالدائن الخيار بين ان يطلب فسخ العقد مـــع اخذ التضمينات ، وبين ان يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه فقط " .

وقد حل محل هذه المادة فى التقنين الجديد ، المادة رقم ١٥٧ - التى سبـق ان ذكرناها . اما المادة ١٥٨ - التى وردت فى التقنين الجديد فكان يقابلها فـــى القانون القديم نص يحمل رقم ٣٣٤ ، ٤١٦ - جاء بصدد عقد البيع . وقد جاء فيها بأنه اذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة فى هذه الحالة ان تعطـــى ميعادا للمشترى ، بل ينفسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن ، بعد التنبيه عليـــه بذلك تنبيها رسميا ، الا اذا اشترط فى العقد ان البيع يكون مفسوخا بدون احتياج الـى التنبيه الرسمى " - والواضح ان نص المادة ١٥٨ - قد عمم القاعدة التى وردت فى عقد البيع . وهذا ما كان القضاء المصرى يجرى عليه من قبل دون حاجة الى نص .

والمعروف ان القانون المدنى المختلط الصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ - قـد تم اقتباسه من القانون المدنى الفرنسى على يد المحامى الفرنسى - Manour - مانورى - وان القانون المدنى الوطنى القديم قد تم وضعه بعد صدور لائحة ترتيـــب المحاكم الوطنية فى ١٤ يونية ١٨٨٣ - اذا تم اصدار فى ٢٨ اكتوبر ١٨٨٣ - والجدير بالذكر ان هذا القانون قد تم وضعه من قبل المحامى الايطالى - موريوندو - بالاشتراك مع - محمد قدرى باشا - نقل نقلا يكاد يكون حرفيا من القانون المدنى المختلط .

وهكذا يتبين لنا ان كلا القانونين قد استمدا من القانون المدنى الفرنسى الـذى صدر فى ١٨٠٤ - وليس هناك من فرق زمنى كبير بينهما .

والمعروف انه قبل صدور هذه القوانين ، كان يطبق فى مصر وباقى البـــلاد

الاسلامية الخاضعة للحكم التركي ، احكام الشريعة الاسلامية ، التي تتضمن موقفا خاصا في الفسخ يختلف عن القانون الفرنسي وغيره . وعلى ذلك لم يكن للفسخ كما نظمه التقنين المدني تاريخ خاص به في مصر وفي باقي البلاد العربية .

ونظرية الفسخ الموجودة الان في التقنين المدني الجديد قريبة الشبه بالقانون الفرنسي وخاصة في المادة ١٥٧ - المقابلة للمادة ١١٨٤ - من القانون المدني الفرنسي الا ان التقنين المدني المصري قد نبذ فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، ولم يذكرها على الاطلاق لما يثيره ذلك من غموض ، وتفسيرات كثيرة هو في غنى عنها ، ولان القانون الفرنسي في المادة ١١٨٤ - كانت له ظروف تاريخية خاصة به ، تختلف عن الظروف التي مر بها التقنين المدني المصري الجديد -

ويفترق التقنين المدني المصري الجديد ايضا عن نظيره الفرنسي في انه قد تضمن نصا خاصا بالفسخ الاتفاقي ، ونصا خاصا ايضا بالانفساخ بقوة القانون .

ثم ان التقنين المصري الجديد قد وضع الفسخ الاتفاقي في نفس مرتبة الفسخ القضائي . اذ ليس هناك اصل او استثناء كما هو معمول به حتى الان في فرنسا ، اذ يعتبر القانون المدني الفرنسي ، الفسخ القضائي الاصل ، والفسخ الاتفاقي استثناء من ذلك الاصل - وهناك فروق اخرى سوف نشير اليها في حينها .

وبعد هذا التمهيد القصير والذي تحدثنا فيه عن الاصل التاريخي للفسخ في القانون المدني المصري ، بالاضافة الى موقعه الان في القنين الجديد ، نشرع في بيان نظرية الفسخ في كل من قانون - نابليون - والقانون الالماني الحديث ، باعتباره يمثل اتجاها اخر يختلف فيه عن القانون المدني الفرنسي ، ثم نتكلم بعد ذلك عن كل من القانون التركي والسويسري والانجليزي ، وفي الاخير لابد من الكلام عن الفسخ في الشريعة الاسلامية .

** المطلب الاول **
نظرية الفسخ في قانون نابليـــون

٢٦ ـ وردت المادة ١١٨٤ من القانون المدني في الجزء الاول المسمى بالالتزامـات الشرطية من الفصل الرابع ، من الباب الثالث الذي يحمل عنوان " العقود والالتزامـات الاتفاقية بصفة عامة . وقد جاء هذا النص في القسم المخصص للشرط الفاسخ .

وهذا القسم يحتوي على نصين ـ الاول : يحمل رقم ١١٨٣ ، ويحتوي علـى فقرتين ـ الاولى :ـ تتحدث عن معنى الشرط الفاسخ ، ومقوماته ، والثانية : تتحدث عن آثـاره .(1)

اما النص الثاني ، فهو نص المادة ١١٨٤ ـ الذي سبق ان ذكرناه في البداية وهي كالاتي :ـ " الشرط الفاسخ يكون دائما مفترضا في العقود الملزمة للجانبين ،في حالة ما اذا لم يقم احد المتعاقدين بوفاء ما التزم به . وفي هذه الحالة فان العقـد لا ينفسخ بقوة القانون ويكون للطرف الذي لم يوخله بالالتزام ، الخيار بين الزام الطرف الاخر بتنفيذ الاتفاق اذا كان ذلك ممكنا ، وبين المطالبة بفسخ العقد مع التعويـض ويجب ان يطلب الفسخ عن طريق القضاء ، ويجوز للقاضي ان يمنح المدعى عليه مهلـة بحسب الظروف " .

ولسنا هنا بصدد ذكر الاعمال التحضيرية لهذا النص ـ وانما نود فقط ان نبين صدر هذا النص ـ هل هو مستمد من النص الروماني Lex commissoria ـ او انه تطبيق للنظرية الكنسية في الفسخ ، او انه فعلا تجسيد لمفهوم القانون الفرنسـي القديم وبالذات لفقه كل من " دوما ، وبوتييه ...."؟

٢٧ ـ لو اردنا بادئ ذي بدء ان نقارن بين نص المادة ١١٨٤ ـ السالف الذكر وبين النظام الروماني (2) ـ في الفسخ " فاننا سنجد ان هناك اختلافا كبيرا بين الاثنين ـ اولا : يتضح لنا من قراءة نص المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي انه يتضمـن مبدأ عاما للفسخ ، في حين لا يحتوي القانون الروماني كما سبق ان ذكرنا ، الا علـى نصوص متفرقة لحالات محددة ، وبناءا على ذلك لا يمكن القول بان نظرية الفسخ الموجودة

(1) انظر القانون المدني الفرنسي ، داللوز الطبعة الثامنة والثمنون ـ١٩٧٨ ـ ١٩٧٩ .
(2) انظر انفا فقرة ١٧ .

فى المادة ١١٨٤ مستمدة من القانون الرومانى [1] .

صحيح ان القانون الرومانى جاء بالفسخ فى بعض العقود ولحالات معينة الا انه لم يأت بنظرية عامة . فالثابت ان النظام الرومانى للفسخ كان يجعل له صورتين يخضع كل منهما لقواعد خاصة به - النوع الاول : اتفاقى ، وينتج اثره بقوة القانون ، ويكون فى عقد البيع - بناء على شرط يوضع لمصلحة البائع فقط ويسمى Lex commissoria اما النوع الثانى : فهو فسخ قضائى ، يتم بحكم القضاء ، وهذا فى عقد الايجار والعقود غير المسماه بمعزل عن اى شرط يتفق عليه الاطراف .
independamment de toute stipulation des parties.

ثانيا : وكذلك يختلف الفسخ المسمى Lex commissoria فى القانون الرومانى عن الفسخ الاتفاقى من جهة ، وعن الفسخ الموجود فى المادة ١١٨٤ - من جهة اخرى [2] فالفسخ الرومانى بناء على الشرط المسمى Lex commissoria هو فسخ يقع بقوة القانون فى عقد البيع فقط ، ولمصلحة البائع دون المشترى ، فى حين يتم الفسخ الاتفاقى فى القانون المدنى الفرنسى ، لصالح المتعاقدين وفى جميع العقود . كما ان الفسخ الموجود فى المادة ١١٨٤ فهو فسخ قضائى كما اسلفنا - اذ يسمح فيه للقاضى بمنح الدائن تعويضا ان كان له مقتضى ، ومثل هذا الامر غير موجود فى ذلك الشرط الرومانى ، كذلك يستطيع القاضى بناء على سلطته التقديرية ان يمنح المدين مهلة للتنفيذ ، وهذا ايضا غير موجود فى الشرط الرومانى Lex commissoria

ثالثاً : اذا كنا قد وجدنا فيما سبق اختلافا كبيرا بين القانون الرومانى والقانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١٨٤ ، فان هذا الخلاف قد يتضاءل فى القسم الاخر من انواع الفسخ الذى ورد فى القانون الرومانى وهو الفسخ فى العقود المسماه ، اذا يقترب الامر كثيرا بين كلا القانونين فى هذا النوع من الفسخ ، فنجد ان الفسخ الرومانى فى العقود غير المسماه ، فسخ قضائى وليس اتفاقيا ، ولا حاجة للنص عليه فى الاتفاق . فالدائن بالالتزام غير المنفذ فى كل من القانون المدنى الفرنسى " المادة ١١٨٤ والقانون الرومانى فى العقود

---

(١) الا ان جانبا من الفقه الفرنسى يذهب الى القول بعكس ذلك فهو يرى ان الفسخ الموجود فى المادة ١١٨٤ - مستمد من الشرط الفاسخ الرومانى - انظر فى ذلك كلا من :
- بودرى لاكنتزى وبارد - الالتزامات الطبعة الثالثة ١٩٠٥ - ١٩٠٨ - جـ ٢ فقرة ٩٠٠
- بلانيول وربير جـ/ ٢ فقرة ١٣١٥ - بلانيول - وربير وهامل جـ/ ١٠ - عقد البيع فقرة ١٥٩ - وانظر فى الرد على ما ذهب اليه هذا الفقه - كلا من - كابيتان - فى السبب فقرة ١٥١ not 2 - ص ٣٣٥ وليبلينه الرسالة السابقة فى الفسخ

غير المسماه له حق الخيارين المطالبة بالتنفيذ او المطالبة بالفسخ .

فالفسخ في العقود غير المسماه في القانون الروماني - يعتبر بحسب الاصل مبدأ عاما مشطورا اذا يمكن تطبيقه في كل انواع العقود الملزمة للجانبين ، والتي تتضمن تلك الفكرة المعروفة ، وهي فكرة التقابل بين الالتزامات المتبادلة ، وفي ذلك يتفق مع النضرية الواردة في المادة ١١٨٤ (١) . غير ان الامر يختلف بالنسبة للعقود المسماه فلم تذهب المحاكم الرومانية الى الاخذ بالفسخ بصددها على الصورة السابق الاشارة اليها بالنسبة للعقود غير المسماه . ولذا فالفضل في ظهور فكرة تطبيقه على العقود بصفة عامة يرجع الى الشراح البارتوليين **les bartolistes** ورغم ذلك ، يمكننا القول بان القانون الروماني لم يصل الى وضع نظرية عامة للفسخ تنطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين - مثل ما هو معمول الان في المادة " ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي .

٢٨ - واذا اردنا ان نعود الى موقف القانون الفرنسي القديم بصدد نظرية الفسخ وجدنا ان فقهاء ذلك العهد قد اعطوا لنظرية الفسخ شكلها التقليدي ولكن دون الاستناد الى الاصول الكنسية ، اى انهم لم يأخذوا بالحل الذى جاء به القانون الكنسي على اطلاقه ولكنهم ذهبوا الى تحرير نظرية الفسخ تحريرا اخر متأثرين في ذلك بصياغة القانون الروماني للشرط الفاسخ ، فقالوا بان اساس الفسخ هو وجود شرط فاسخ ضمني .

الا انه بالرغم من سكوت كل من دوما - وبوتيه في هذا الصدد ، فانه من المؤكد ان القانون الكنسي قد لعب دورا هاما في تكوين نظرية الفسخ في القانون المدني الفرنسي المتضمنة في نص المادة ١١٨٤ والدليل على ذلك ان كلا من القانونين يتضمن نفس الاتجاه فالقانون المدني الفرنسي ، يورد قاعدة عامة في الفسخ تنطبق على العقود الملزمة للجانبين ، وكذلك القانون الكنسي يتضمن نفس القاعدة ، اذ لا يجوز فيه لمن لم يقم بتنفيذ التزامه ان يستفيد من موقفه هذا ويطالب الطرف الاخر بتنفيذ . واذا كانت النظرية الموجودة في المادة ١١٨٤ تقترب كثيرا من النظرية الكنسية ، الا انه ليس من المعقول

---

(٢) هذا الاتفاق والتقارب بين كلا النظامين ادى بالاستاذ ديمولومب الى القول :-
"Cest là qu'il faut chercher la veritable origine de l'article 1184"Domolombe, cours de code Napoléon 4 ed,1869-1870 XXV n'485

(٢) في هذا الصدد يوضح لنا - كابيتان - موقف القانون الكنسي ومدى مطابقته للمنطق احكامه الخاصة بالفسخ بالقول :

" Ayant admis de trés bonne heure, la force obligatoire du simple accord de volenté , les vieux contrats consensuels aux contrats innommés et à leur appliquer â tous les mèmes regles ..." - Capitant, cause, 3 ed n' 68-70.

القول بان النظرية الحديثة في المادة ١١٨٤ - تجد اساسها الصحيح في النظرية الكنسية ، ذلك لان النص السابق يتحدث في بدايته عن فكرة الشرط الفاسخ الضمني . حيث يقول : " بان الشرط الفاسخ الضمني مفترض دائما في العقود الملزمة للجانبين - وذكر الشرط الفاسخ هنا من شأنه ان يعيد الى الاذهان الموقف الروماني من نظرية الفسخ ، لقد سبق ان قلنا ان هناك خلافا كبيرا بين النظرية الحديثة للفسخ في المادة ١١٨٤ - وبين القانون الروماني في الفرض الخاص بالشرط الفاسخ وهذا على عكس القواعد الخاصة بالشرط المفترض او الضمني - La condition tacite - التي اخذ بها القانون الكنسي كاساس لنظرية الفسخ والتي تقرب كثيرا من موقف جانب كبير من الفقه الحديث ، فتدخل القاضي كان ضروريا للحكم بالفسخ حتى في حالة الشرط الصريح condition expresse بعد تنفيذ الاداءات ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة التي تقول بعدم صحة ان يقيم الشخص من Nul ne peut se faire justice à lui Même هذا بالاضافة الى السلطة الواسعة التي يملكها القاضي ، والتي يستطيع بمقتضاها ان يرفض الحكم بالفسخ اذا تطلب الامر ذلك ، وهو نفس الحكم الوارد في المادة ١١٨٤ - التي تعطي للقاضي تلك السلطة التقديرية .(١)

٢٩ - مما تقدم يتضح لنا ان الفسخ الذي يتضمنه نص المادة ١١٨٤ يجمع من حيث المصدر بين امرين - الاول : ان المبدأ العام مستمد من القانون الكنسي - اى باعتباره نظرية عامة وليس مستمدا من القانون الروماني - الثاني : ان فكرة الشرط الفاسخ الضمني التي يتضمنها النص ، يظهر وكأنها مستمدة من السوابق الكنسية وليست من الشرط الروماني المعروف بـ Lex commissoria لانها تقوم على فكرة العدالة وحسن النية(٢)

---

(١) ولا ننسى الطابع العقابي الذي يجمع ما بين النظرية الحديثة في المادة ١١٨٤ ، والنظرية الكنسية باعتبار ان الفسخ جزاء لعدم التنفيذ يوقع على الطرف المخل بالالتزامه .

(٢) حيث لا يكون البائع ملزما بتسليم الشئ المبيع الا بشرط ان يدفع له المشتري الثمن فاذا لم يؤد المشتري الثمن فان العدالة تقضي بان يتحلل البائع من التزامه اذ يجب على كل متعاقد ان يعتقد في ذاته انه انما اراد بتعاقده ان يلتزم امام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه ، وانه في حالة عدم قيام الطرف الاخر بالتنفيذ فانه يحق له ان يتحلل من التزامه " لوران cours de droit civile مشار اليه في حسن عامر / الغاء العقد فقرة ٣٦٦ ص ٣١٧ - ونفس المعنى نجده عند ديمترسكو - Dimetresco - حيث يقول :-

Il reside dans cette ideé que chaque parte est presumeé ne peut donner son consentement ni l'engager que sous condition que l'autre partie s'engage aussi en elle,

وبذلك يكون مصدر نص المادة ١١٨٤ القانون الكنسي وحده .

---

de benéfice du contrat par suite de l'inexecution de l'autre soit encore tenu envers, cette ci de sabisfaire à son engagement.

الشرط الفاسخ - باريس ١٩٠٦ ص١٠٧ ، انظر نقض مدني فرنسي ٢٩ نفوفمبر سنة ١٦٦٥ داللوز ١٠٢٧ - ٠٦٦

** المطلـب الثانـــي **

نظرية الفسخ في القانون الالماني وبعض القوانين الاخرى

٣٠ — لا نود ان نذكر في هذا المطلب بالتفصيل كل الاحكام التي تتضمنها تلـــك القوانين بخصوص الفسخ ، واذا كان الكلام يدور بصفة اساسية عن القانون الالماني ، فاننا سنشير بصورة موجزة الى بعض القوانين ، منها : السويسرى ، التركى ، الانجليزى — للتقارب الكبير بين تلك القوانين والطابع الذى تمتاز به .

ففي القانون الالماني — ان اول ما يلفت النظر في هذا القانون هو انه لا يعرف نظرية عامة للفسخ ، على غرار القانون الفرنسي او المصرى ، بل يتضمن نصوصا متفرقة لحالات محدودة ، مثل القانون الرومانى [1] . ولذلك يركز هذا القانون بصفة أساسية على القـــوة الملزمة للعقد ، ويعتبر ان الهدف الجوهرى من ابرام العقود هو تنفيذها ، وما الفســـخ الا اجراء احتياطى لا يلجا اليه الا اذا استحال ذلك التنفيذ [2] .

---

(١) يتكلم كونستانتيكو في رسالته عن فرق بسيط بين القانونين ، الالماني ، والرومانى ، هو ان القانون الرومانى يستند في تحديد موقفه من ا لفسخ على نوع العقد ، فـــي حين اعتمد القانون الالماني في موقفه على نوع عدم التنفيذ — " انظر رسالته فـــي فسخ العقود لعدم التنفيذ في القانون المدني الالماني رسالة من باريس سنة ١٩٤٠ ص ٩٣ ، ٩٤ ، اما كاسان فيذهب الى اظهار اسباب الخلاف بين القوانين الجرمانية والقانون الفرنسي فيقول : انه يمكننا ان نكتشف في القوانين الجرمانية وخاصة فـــي القانون المدني الالماني ، والسويسرى البرهان La demonstration على القصور في الاجراء الفنى d'un procédé technique مثل مـــا هو موجود في الشرط الفاسخ الرومانى ، وذلك كتفسير للفسخ نتيجة لعدم التنفيـــذ والسبب في ذلك هو ان كلا من المانيا ، وسويسرا كانتا تطبقان في الماضى القانـــون الرومانى ، وفي نفس الوقت لم تتعرضا لتيارات وافكار القانون الكنسي كما كان موجـــودا في فرنسا — يضاف الى ذلك ان تلك الدول لم تعرفا العمل الاولى او الاصلى Le travail original الذى كان متهما لعدة قرون في فرنسا ، وهـــذا ما يفسر ان الفسخ في المانيا ، وسويسرا لم يكن مبدأ عاما ، بل وردت في القانونين نصوص معينة تطبق على حالات محددة ، ونرى في ذلك الشكل القديم الموروث عـــن القانون الرومانى القديم ، اذ هو استثناء يواجه به الدائن الذى لم يدفع له المدين المقصر un exeption opposée par le créancer non payé au débiteur inxedèle .

(٢) انظر المواد ١٤٥ و ٣٠٥ من مقدمه القانون المدني الالماني — BGB — انظـــر كذلك رينارد جيلصون — رسالة من باريس سنة ١٩٦٩ — في اشارته للقانون الالماني فقرة ٤ ص ١٣ — اما — كوستانتينكو — فيقول بان واضعي القانون الالماني قد اقروا الفسخ في حالات استثنائية بحيث يجب ان تكون متفقة مع مبدأ القوة الملزمة للعقـ ...

وهكذا اورد القانون الالماني في الفسخ ، نصوصا محددة لحالات معينة ــ ونصوص الفسخ في هذا القانون تحمل الارقام التالية ــ المادة ٣٢٥ ــ ٢٨٣ ــ ٣٢٦ ــ ٣٢٣ ، ٣٦١ ٠

٣١ ــ اولا : المادة ٣٢٥ ــ من القانون الالماني تقول " بانه اذا كان الاداء الذي على عاتق احد الاطراف بمقتضى عقد ملزم للجانبين قد اصبح مستحيلا على اثر ظروف المت به هو بسبب منه ، فان للطرف الاخر الحق ، اما في المطالبة باصلاح الضرر الناتج من عدم التنفيذ واما فسخ العقد ٠

يتبين لنا من هذا النص انه لابد ان تكون استحالة التنفيذ مترتبة على خطأ منسوب الى المدين ، وان الفسخ باعتباره جزاء على هذا الخطأ ، لا يمثل خرقا للمبدأ الاساسي وهو المطالبة بالتنفيذ العيني ، طالما ان هذا التنفيذ مازال ممكنا ، ذلك لان الفسخ لا يكون الا اذا استحال هذا التنفيذ [1] ، فالفسخ في هذا القانون ينبني على سبب عدم التنفيذ ــ ومن ثم ــ لايصح الاخذ به الا اذا كان عدم التنفيذ منسوبا الى خطأ من جانب المدين ادى الى ان يكون الاداء من حيث تنفيذه مستحيلا [2] .

واذا رأينا ان النظرية الالمانية ، بناء على ذلك ، تتفق مع المنطق لكونها لا توافق على الفسخ الا اذا كان عدم التنفيذ مستحيلا ، فانها من جهة اخرى وكما يقول كوستناتمينكو قاصرة عن ان تطبق على حالات اخرى من الممكن ان تكون محلا للفسخ ، مثل الاعمال

(١) ويحدثنا في هذا الصدد ــ كونستانتنيكو ــ عن الفرق بين القانونين الالماني والفرنسي ، اذ يقول : يوجد هناك خلاف كبير بين القانونين من هذه الناحية ، ففي القانون الالماني ، لا تكون بصدد فسخ للعقد الا اذا كان هناك عدم تنفيذ حقيقي من قبل احد الاطراف اما في القانون الفرنسي ، فان اي عدم تنفيذ حتى لو كان تأخيرا في التنفيذ ، لالتزام في عقد ملزم للجانبين ، يجوز ان يؤدي الى الفسخ ــ والفسخ في هذا القانون يعتبر قاعدة عامة ، في حين يختلف الامر في القانون الالماني اذ لا يكون الفسخ الا في حالات معينة من عدم التنفيذ ٠

(٢) كونستانتنيكو يقول ، فان موقف القانون الالماني في هذا الصدد موقف عقيم وغير فعال ولا يلبي الحاجات العملية ، ولا يحابي في نفس الوقت مصلحة الدائن ، حيث ضحى به عندما وضع هذا المبدأ ، ويزيد على ذلك ، بان النص السابق خاطئ ، ومحصور لانه لا يرضى الدائن لكونه يرتكز على الجانب الموضوعي المجرد ، ولا يراعي الفائدة الشخصية له ، ويقول ايضا بصدد المقارنة بين المفهوم الفرنسي والالماني للفسخ بان المفهوم الفرنسي واضح فضفاض في عموميته وسهل في تحديده ، لمعنى عدم التنفيذ ، اما الالماني فهو محصور ومحدد في حالات معينة ، ومعقد جدا لانه ينطلق في تحديده

وسوء النية والتنفيذ المتأخر او الجزئي .

وازاء هذا النقص ،فان المحاكم الالمانية قد حاولت في احكامها ان تعالج تلك الاحوال التي لم يتضمنها النص. (١)

وبجانب النص السابق اضاف القانون الالماني نصين اخرين ــ المادة ــ ٢٨٣ ــ المادة ــ ٣٢٦ ــ والقصد من ذلك هو محاولة تلافي المأزق الذي وقع فيه بخصوص الاحوال الاخرى التي لا يكون فيها الاداء مستحيلا من الناحية المادية ، والتي ترتكز على امتناع المدين نفسه عن القيام بتنفيذ التزامه. فالمادة ٢٨٣ ــ تسمح للدائن وفق شروط معينة ان يعتبر اداء المدين مستحيلا ، وان كان من الناحية المادية غير مستحيل ــ " والاستحالة هنا استحالة معنوية ، بحسب الفائدة " اذ تتحدد في عدم حصول الدائن على الفائدة التي كان يرجوها من تنفيذ المدين ونص هذه المادة هو ما يلي :

أ ــ يجب ان يكون هناك اجل للتنفيذ ، ولم يقم المدين بالتنفيذ في خلاله.

ب ــ يجب على الدائن ان يطلب من المدين عن طريق القضاء ، القيام بتنفيذ التزامه العقدي .

جـ ــ يجب ان يستصدر الدائن من القضاء حكما في هذا الصدد ، يجوز قوة الشيء المقضي .

د ــ وبعد ذلك يجب على الدائن أن يحدد للمدين مدة ملائمة ، لكي يقوم بتنفيذ التزامه على اساس الحكم الصادر ضده ؛

هـ ــ أن تحديد تلك المدة الملائمة Délai convenable يجب ان يصحبه اعلان من جانب الدائن ، بأنه سيرفض قبول الاداء بعد انقضاء تلك الفترة .

وهكذا ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه خلال المدة المحددة ، يعتبر الاداء ــ الذي هو محل التزام هذا المدين ، مستحيلا بناء على الظروف التي تقرر مسؤوليته ،فيصبح حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني منقضيا " وبالتالي يجوز للدائن ان يتمسك بالفسخ .

والواضح هنا ان القانون المدني الالماني ، قد وضع تحت يد الدائن وسيلة اخرى بجانب الوسيلة الموجودة في المادة ٣٢٥ ــ يضاف الى ذلك انه لم يكن ليحتفظ

---

(١) انظر مثلا [illegible]

دائما وبصفة مطلقة بالمبدأ الذى يتحدد بعدم الموافقة على الفسخ الا فى حالة مـــا اذا اضحى التنفيذ العينى مستحيلا • وهذا يدل على ان هذا القانون قد حاول بطريقة اخرى ان يفسح للفسخ مجالا اوسع • (١)

٣٢ — اما المادة ٣٢٦ — فقد تكلمت بوضوح عن مدى حق الدائن فى التمسك بالفسخ فى حالة عدم الفائدة ، بسبب عدم التنفيذ المدين لالتزامه • اذ تقول : " عندمـــا يكون فى العقد الملزم للجانبين ، طرف مقصر فى تنفيذ التزامه ، فان للطرف الاخر ان يحدد له مدة ملائمة لكى يقوم بتنفيذ التزامه ، مصحوبا باعلان ينذره فيه بانه لن يقبل الاداء بعـــد انقضاء المدة المحددة — فاذا انقضت تلك المدة دون تنفيذ ، يكون للدائن الحق ، اما فى المطالبة باصلاح الضرر عن طريقة التعويض ، واما فى التمسك بالفسخ (٢) •

اما اذا كان الاداء قد نفذ بطريقة جزئية خلال تلك المدة التى حددهـــا الدائن للمدين • فان القانون الالمانى لم يضع نصا خاصا فى هذا الصدد ، وبالذات اذا كان ذلك ناتجا عن خطأ من جانب المدين ، الا انه يمكن استنباط الحل الخاص فى مثـــل هذه الحالة بصفة ضمنية من نص المادة ٣٢٥ — وتجدر الاشارة هنا الى ان القضـــاء الالمانى ، نتيجة عدم وجود نص فى هذا الخصوص قد تولى بنفسه وضع الحلول الملائمـــة بناء على سلطة تقديريـــة •

ولكن يوجد فى هذا القانون نص خاص فيما يتعلق بعدم التنفيذ الجزئى الناتج عن القوة القاهرة ويحمل رقم ٣٢٣ — حيث يستفاد منه ، بان الدائن لا يملك فى هـــذه الحالة الا ان ينقص من التزاماته بقدر ما نقص من التزامات المدين •

الا ان كونستناتينكو — يقول : ان التزام الدائن بالانقاص ليس الا التزامـــا نظريا قلما يحدث فى العمل اذ يستطيع الدائن ان يسلك احدى الطرق الاتية :—

أ — ان يقبل الجزء الممكن تنفيذه من الاداء ويطالب بالتعويض بالنسبة للجزء الباقـــى الذى لم ينفذ •

---

(١) كونستناتينكو — الرسالة السابقة ص ١٢٦ ومابعدها فقرة ٧٢ •

(٢) ويضيف كونستناتينكو الى قوله : ان تلك المادة — ٣٢٦ — تتضمن عدة شروط : أ — ينبغى البداية القيام بانذار المدين للقيام بالتنفيذ • ب — كذلك لابد مـــن تحديد مدة ملائمة للمدين لكى يقوم بتنفيذ التزامه • جـ — يجب ان يصحب تحديـــد تلك المدة اعلان من جانب الدائن بانه سيرفض قبول الاداء بعد انقضاء تلك المدة وبعد انقضاء تلك المدة الدائن بالخيار بين الفسخ وبين المطالبة بالتعويض ص ١٣٨

ب — ان يقبل الجزء الذى نفذ من كامل الاداء ، ويطالب بتخفيض التزامه بما يعادل المقدار الذى لم ينفذ .

جـ — ان يقبل التنفيذ الجزئى ، اى الجزء الذى تم تنفيذه " ويطالب فسخ العقد بالنسبة للجزء الذى لم ينفذ .

د — ان يرفض التنفيذ الجزئى ، ويطالب بالتعويض بالنسبة لمجموع الالتزام الذى على عاتق المدين [1] .

هـ — او ان يطالب فى النهاية بفسخ العقد .

٣٣ — اما النص الاخير ، والذى يحمل رقم ٣٦١ ، فيتكلم عن نوع معين من الفسخ ، يدخل فى نطاق الفسخ الاتفاقى [2] — بناء على شرط فاسخ فى العقد يجعل اجل التنفيذ اجلا جوهريا .

يقول النص " اذا اتفق فى عقد ملزم للجانبين على ان اداء احد الطرفين يجب ان ينفذ فى وقت محدود تحديدا جوهريا — FIXGESCHAFT — او فى خلال فترة محددة تحديدا جوهريا ، فانه يتعين عند الشك ان يكون للطرف الاخر ان يفسخ العقد اذا لم يحصل تنفيذ الاداء فى الوقت المحدد او فى خلال الفترة المحددة [3] .

وفى الاخير نلاحظ ان القانون المدنى الالمانى ، مثل التقنين المدنى المصرى يجعل تحمل التبعة على المدين ، اذ تمثل قاعدة معترفبها فى نصوصه بالذات المواد ٢٧٥ — ٢٧٩ — فعدم التنفيذ الناتج من القوة القاهرة من الممكن ان يؤدى اما الى عدم تنفيذ كلى ، واما الى تأخير فى التنفيذ . وقد سبق ان تحدثنا عن حكم القوة القاهرة لو ترتب عليها عدم تنفيذ جزئى للالتزام .

(١) كونستانتينكو — الرسالة السابقة فقرة ١٢٩ — ص ٢٢٤ — ٢٢٥ .

(٢) الفسخ الاتفاقى كما سبق ان اسلفنا ، لم ينص عليه صراحة فى القانون المدنى الفرنسى اذ هو استثناء عن الاصل وهو الفسخ القضائى — اما التقنين المدنى المصرى ، فانه قد اورد نصا خاصا بالفسخ الاتفاقى " فى الباب الخاص بالقواعد العامة ومن ثم يعتبر هذا النوع من الفسخ فى نطاق هذا القانون فى مرتبة الفسخ القضائى ، اذ ليس هناك من اصل او استثناء .

(٣) سنتكلم عن هذا النص ومزاياه فى الباب الخاص بالفسخ الاتفاقى ، فى الجزء المخصص للاجل الجوهرى ، وتجوز الاشارة الى ان القانون المدنى المصرى الجديد لم يشير الى مثل هذا الحكم بصراحة ، الا اننا نعتقد انه من الممكن ان يستمد فى نص المادة ١٥٨ — بصفة ضمنية ، كذلك لم يورد القانون المدنى الفرنسى مثل هذا النص ، الا ان القانون المدنى الايطالى اشار الى هذا الصنوع ، اذ الأجل الجوهرى فى نصوصه (ونصه فى هذا القانون يحمل رقم ١٤٥٧) .

فاذا ترتب على القوة القاهرة عدم تنفيذ كلى للالتزام ، فان العقد ينفسخ بقوة القانون ، وبالتالى يصبح كل من الدائن والمدين فى حل من التزامه . " المادة ٣٢٧ .

اما اذا ادت القوة القاهرة الى حالة من التنفيذ المتأخر ، فان نص المادة ٣٣٦ - يمكن تطبيقه -

وفى الامكان الاخذ بالحكم الخاص بأثر القوة القاهرة فى حالة عدم التنفيذ ، ايضا فى حالة التأخير فى التنفيذ .

وهكذا نصل الى القول بأن هذا القانون ، لايعرف الفسخ القضائى ابتداء اذ الفسخ فيه يتم بارادة الدائن ، عن طريق اعلان بسيط منه يرسله الى المدين يعلمه فيه خياره بالفسخ (١) . ولا يلجأ الى الفسخ الا اذا اصبح تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلا سواء كانت تلك الاستحالة استحالة مادية او استحالة من وجهة نظر الدائن لكونها لا تحقق له اى فائدة . وانه لا يجوز فى هذا القانون الجمع بين الفسخ والتعويض ، اما بالفسخ واما بالتعويض فى حالة تحقيق تلك الاستحالة .

٣٤ - اما فيما يتعلق بالقوانين الاخرى ، فقد اخترنا كلا من القانون التركى والسويسرى والانجليزى على اساس ان الحكم فى هذه القوانين يقترب كل الاقتراب من القانون الالمانى

فالقانون التركى يتضمن بعض النصوص المتفرقة الخاصة بالفسخ دون ان يتضمن نصا عاما ، يعتبر قاعدة عامة تنطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين ، وعلى جميع الحالات .

وهكذا وردت المادة ١٠٦ - التى تتعلق بحالة التأخير فى التنفيذ ، فى الفقرة الثانية ونجد كذلك نفس الحكم فى القانون السويسرى اذ نصت المادة ١٠٧ - منه على اثر هذا التأخير بالنسبة للعقد .

فكلا القانونين لم يتضمن الا نصا واحدا فقط يتكلم عن حالة التأخير فى التنفيذ . اما فى الاحوال الاخرى المتعلقة بعدم التنفيذ فقد اثير التساؤل - هل يستطيع الدائن ان يتمسك بفسخ العقد لو نشأت حالة من تلك الحالات ، وبصفة خاصة حالة الاستحالة

---

(١) نيشته - دعوى الفسخ فى العقود ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - وهو يشير الى التفرقة بين القانون ...

الناتجة عن خطأ المدين او حالة التنفيذ غير الكامل ؟ والسبب في هذا التساؤل هو ان هذين القانونين قد اغفلا النص على احكام لتلك الاحوال .

وبهذا الصدد انقسم الفقه التركي والسويسري بين رافض ومؤيد (١) . فالفقه الرافض لتطبيق حكم الفسخ على تلك الاحوال ، يستند الى عدم وجود النص من جهة ومن جهة اخرى الى انه عندما تمت مراجعة هذين القانونين لم يكن واضعوها يجهلون موقف القانون الالماني عندما نص على حكم خاص بالفسخ ، لصالح الدائن في حالة الاستحالة الناتجة من جانب المدين المخطئ .. المادة ٣٢٥ .

اما الفقه المجيز للفسخ ، فقد ايد حق الدائن في فسخ العقد في حالة الاستحالة الناتجة من قبل المدين ، ويستند هذا الفقه في تدعيم رايه الى انه عند تفسير النصوص المتعلقة بالالتزامات يجب ان يؤخذ في الاعتبار نظامها العام وطابعها الخاص في نفس الوقت - ولا يكون ذلك باستلهام ما ذهب اليه القانون الالماني . يضاف الى ذلك ان الاستحالة الناتجة من خطأ المدين - لا تعتبر في هذين القانونين سببا خاصا للمسؤولية .

وبالرغم من هاتين الحجتين فان اجماع الفقهاء الان بدأ يتجه نحو اعطاء الحق للدائن في فسخ العقد في حالات عدم التنفيذ ، وبالذات عندما تكون هناك مخالفات خطيرة في تنفيذ العقد ، مثل الرفض النهائي من جانب المدين لتنفيذ الالتزام الذي على عاتقه . والاعلان قبل حلول الاجل بالعزم على عدم التنفيذ ، وفي العقود المتتابعة التنفيذ التي يكون فيها التنفيذ متأخرا او ناقصا وكذلك حق الدائن في التمسك بالفسخ استنادا الى قواعد حسن النية . (٢)

---

(١) انظر اعمال جمعية هنري كابيتان - اصدقاء الثقافة الفرنسية سنة ١٩٦٨ - ص ١٢٥ في القسم الخاص بموقف كل من القانون التركي والسويسري من جزاءات عدم التنفيذ في الالتزامات التعاقدية ، ابتداء من ص ١٠٥ الى ص ١٢٨ Halûk Tandogan استاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة انقرة وهذا العدد بعنوان : Journées d'istanbul-20-23-Mdi-1964. les sanctions attachées à l'inéxecution des obligations contractuelles.

(٢) يقول احد الكتاب الاتراك ويدعى Schwarz بصدد معنى حسن النية
Dans tous les cas où l'une des parties contractantes viole, un des devoirs que le contrat lui impose, l'autre partie est autoriseé, suivant les cureonstances , à resoudre ou à resilier le contrat, si elle a de justes motifs pour ne pas le maintenir ou si le maintien du contrat ne présente plus pour elle d'intérêt" P.126.

وخلاصة ما سبق، هي ان هذين القانونين يعرفان الفسخ في جميع احوالـــه ، ولكن بناء على نصوص خاصة متفرقة مثل القانون الالماني ، حيث يتم الفسخ فيها باعلانـــي من جانب الدائن يرسل الى المدين ، دون اللجوء الى القضاء . الا انه قد يطلـــب تدخل القضاء في حالة ما اذا عارض المدين في شرعية تمسك الدائن بالفسخ ، واذا اصدر القضاء حكما في هذه الحاله فان حكمه يكون كاشفا .

وتجدر الاشارة هنا الى ان هذين القانونين يركزان على مبدأ القوة الملزمـــة للعقد ، وما الفسخ فيها الا استثناء من ذلك المبدأ ذو طابع احتياطي .(١)

اما التعويض فيختلف وصفه في هذين القانونين عن القانون الالماني اذ يجـــوز الجمع فيهما بين الفسخ والتعويض ، ولكن فقط عن الضرر السلبي Dommage négatif اى الخسارة اللاحـــقة .

٣٥ — ويقترب حكم القانون الانجليزي من حكم هذه القوانين (٣) اذ ان المعروف فـــي هذا القانون انه يتكون في معظمه من السوابق القضائية ، ولذلك فان اسباب الفسخ فيـــه متعددة ، منها عدم التنفيذ الكلي ، والمخالفة الخطيرة التي تعادل عدم التنفيذ الكلي

---

(١) ويقترب في هذا الخصوص ، موقف كل من القانونين التركي والسويسري من القانون الالماني — حيث الفسخ استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد . والمعلوم ان القانون السويسري قد مر بنفس الظروف التي مر بها القانون الالماني . اما القانون التركـــي فالمعروف عنه انه كان في الماضي يطبق احكام الشريعة الاسلامية ثم تحول الان وضـــاع قانونه المدني على غرار القانون السويسري .

(٢) المادة ١٠٦ من القانون التركي ... وهذا هو النص باللغة الفرنسية :

Lorsque le débiteur d'un contrat bilatéral qui est en demeur, n^exécut pas sa prestation dans le délai qui lui est imparti par le créancrer, ce dernier à be choix entre trois solutions 1)Il pout contimuer à réclamer l'exécution et,en outre, des dommages interêts pour cause de retard, ou 2)renoncer à l'exécution et À)demander la repartition du dommage resultant de l'inexécution "dommage positif" resoudre le contrat et demander la repartion du dommage négative.

(٣) انظر الفسخ في القانون الانجليزي رسالة برنارد جيلسون BERNARD.GILSON بعنوان عدم التنفيذ والفسخ في القانون الانجليزي رسالة دكتوراه من باريس ١٩٦٩ .

والمخالفة الشرط جوهرى فى العقد . اما طريقة وقوع الفسخ فيكون ذلك بارادة الدائن اى ان الفسخ بحسب الاصل ليس قضائيا ، فاذا امتنع احد الاطراف عن القيام بتنفيذ التزامه او قام بالتنفيذ بطريقة غير كاملة او غير صحيحة مما ادى الى حدوث اخلال بأصل العقد او جوهره THE root of the contrat , le nerf, la racine du contrat. فان للطرف الاخر المضرور ان يعتبر العقد كما لو كان مفسوخا traiter le contrat comme résolu [*] فاذا قام بذلك فان العقد ينفسخ فعلا effectivement

وعلى الرغم من ان الفسخ هنا ليس قضائيا الا انه قد يكون من الضرورى فى بعض الاحيان اللجوء الى القضاء اذا نشأ بين الاطراف خلاف حول تطبيقه ، ـ مثلا اذا عارض المدين مسلك الدائن فى اعتبار العقد مفسوخا ، فان المحاكم وحدها هى القادرة على الفصل فى مثل هذا النزاع ، وخاصة اذا ما انصب اعتراضه على خطورة عدم التنفيذ الذى ادى بالدائن الى اتخاذ هذا الموقف .

وللدائن الحق فى هذا القانون ان يلجأ الى القضاء ـ بحسب الاحوال ، بقصد الحصول على التعويض وتملك المحاكم فى ذلك سلطة تقديرية واسعة . وبصفة خاصة فى تقدير التعويض ، والضرر ، وخطورة عدم التنفيذ ، وكذلك تحديد المسؤولية ، وليس من الضرورى ان تؤدى دعوى المطالبة بالتعويض الى ان يحكم القاضي بالفسخ ـ الا انه قد يكون لها دور ما فى حالة ما اذا تم تمسك الدائن بالفسخ .

والجدير بالذكر ان القانون الانجليزى يختلف عن القانون الالمانى ، ويتفق مع كل من القانونين المصرى والفرنسى فى حق الدائن فى الجمع بين الفسخ والتعويض والخلاصة هى : ان القانون الانلجيزى يعرف الفسخ ولكن كاستثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد الى جانب انه لا يعتبر قاعدة عامة ، اى يقوم بحسب الاحوال اى احوال عدم التنفيذ مثل القانون الالمانى .

---

(١) الا ان كاسان يقولبان :

On trouvera, larsque il s'agira d'etudier le fonctionnement et les effets de la résolution , et notamment le role du Juge, des motifs de rapprochement encare plus imperatif entre le

المطلب الثالث

موقف الشريعة الاسلامية من نظرية الفسخ

٣٦ — ليس من السهل على الباحث ان يتبين بوضوح موقف الشريعة الاسلامية من نظرية الفسخ هل هي فعلا تمثل بالنسبة اليها نظرية عامة او انها غير ذلك ٠

الثابت ان احكام الشريعة الاسلامية لا تعطي بحسب الاصل للدائن الحق في فسخ العقد اذا ما اخل المدين بالتزامه بل يجب عليه ان يطالب بالتنفيذ ٠ ففي العقود الملزمة بطبيعتها والخالية من اى شرط " الخيارات " لا يجوز للدائن ان يطلب فسخها لكي يتحلل من التزامه بسبب عدم قيام المدين بالتنفيذ ، وانما له فقط اذا انعقد العقد صحيحا لازما ان يطالب المدين بالتنفيذ ، حتى يتسنى له ان يقوم هو بالتنفيذ ٠ واهم هذه العقود ٠ عقد البيع — الايجار — الرهن ، الصلح — اما العقود غير اللازمة بطبيعتها ، فيجوز فيها الفسخ ومن اهمها عقد القرض ، والوكالة والوديعة اذا كانت مأجورتين اما عقد الكفالة فهو في نظرهم عقد ملزم لجانب واحد فلا يتصور فيهما الفسخ ٠ فاذا كان الاصل في العقود اللازمة هو عدم فسخها ، الا انه قد اجيز في بعض منها ولاسباب معينة فسخها ولذلك نتعرض بالكلام عن العقود اللازمة التي لا يجوز فيهما الفسخ ابتداء ثم جواز الفسخ فيها على سبيل الاستثناء ، وبعد ذلك نتكلم عن الخيارات وننتهي بخلاصة عن موقف الشريعة الاسلامية من الفسخ ٠

٣٧ — اولا : العقود التي لا يجوز فيها الفسخ باعتبارها من العقود اللازمة :

أ — عقد البيع : الاصل في هذا العقد انه لا يجوز فيه للبائع ان يطلب الفسخ في حالة اخلال المشتري بتنفيذ التزامه بل ، يجب عليه ان يطالب المشتري بتنفيذ التزامه في دفع الثمن ويجبره على ادائه طبقا للقواعد المتعلقة بأداء الديون ، ومن هنا لا يملك البائع الحق في الخيار سواء في المطالبة بالفسخ او المطالبة بالتنفيذ ، وهو المعمول به الان في بعض الانظمة الحديثة ومنها القانون المدني المصري " المادة ١٥٧ " — وليس امامه سوى المطالبة بالتنفيذ ٠ فاذا امتنع المدين عن ذلك يجبر عليه ، بحيث يكون من الممكن ان يباع من متاعه ما يفي الثمن المطلوب اما اذا افلس المشتري بعد قبض المبيع وقبل دفع الثمن فليس للبائع الا ان يدخل مع باقي الدائنين في قسمة الغرماء ، اما اذا مات المشتري مفلسا قبل قبض المبيع ودفع الثمن فالبائع احق

بحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من ترك المشترى او ببيعه القاضى ويؤدى للبائع حقه من ثمنه .

ب - عقد الايجار : كما يقول الفقهاء ورد على خلاف القياس واجيز استحسانا لانه يرد على منفعة هى فى اول الامر معدومة وتتجدد شيئا فشيئا [1] ولذلك فقد اجيز فسخ عقد الايجار فى اكثر الاحوال - منها - لعدم استيفاء المؤجر أو الاجير الاجرة ، وبهلاك المأجور او تغيره تغيرا يخل باستيفاء المنفعة منه ، وينفسخ الايجار للعذر ولموت احد المتعاقدين ، ومع ذلك فان عقد الايجار لا ينفسخ فى جميع الاحوال التى يخل فيها المدين بالتزامه بل فقط فى بعض منها وهى قليلة " المواد ٥٩٨ ، ٥٣٨ من مرشد الحيران " .

اما بخصوص عقد المزارعة باعتباره نوعا من انواع عقد الايجار " المواد ٧٢١ - ٧٢٢ - ٧٢٣ من مرشد الجيران " فان على الزراع التزامات بموجب عقد المزراعة ، فاذا اخل بها كان مقصرا ، كأن قصر فى سقى الارض حتى ملك الزرع او ترك السقى حتى يبس الزرع او اخر السقى تأخيرا غير معتاد ، او ترك حفظ الزرع حتى اكله الدواب او لم يرد الجراد حتى اكل الزرع كله ، فان الثابت من النصوص السالفة الذكر هو عدم الجواز لصالح صاحب الارض بفسخ العقد بل بوجوب الضمان على المزارع فى جميع الاحوال .

اما عقد المساقاه فهو ايضا نوع من عقود الايجار ، لايجوز فسخه الا بالتراضى " بالتقابل " اذ لا يجوز ان يستقل احد المتعاقدين بفسخه حتى لو اخل المتعاقد الاخر بما عليه من التزام ولا يملك الطرف الاخر فى ذلك الا المطالبة بالتنفيذ .

الا انه قد اجيز فسخ عقد الايجار للعذر ، كما اذا عجز العامل عن العمل ، أو كان غير مأمون على الثمر - المواد ٧٣٤ ، ٧٢٨ ، ٧٣٦ - من مرشد الجيران " .

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهورى ج٦ ص ٢٤ ، وما بعدها . وينتقد حسن على الزنون فى رسالته نظرية الفسخ فى الشريعة الاسلامية والقانون المدنى ص ١٢٤ اصحاب نظرية الاعذار فى قولهم ببيع المنفعة ، والمنافع معدومة وبيع المعدوم باطل فكان القياس يقتضى القول ببطلان عقد الايجار . الا انه ايجز استحسانا ، فهو عقد ورد على غير القياس فيبقى بالاعذار ، وينتقد ما يقولون بان الايجار بيع المنفعة - فانه خطر ظاهر فى استعمال لفظ البيع بقصد تعريف الايجار ، علاوة على وجود المنافع بوجود الاعيان ، ويستطرد ايضا ، بانه ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله ولا فى كلام احد من الصحابة ان بيع المعدوم لايجوز لا بلفظ عام ولا معنى عام وانما فى السنة انهى عن بيع بعض الاشياء ...

جـ- عقد الرهن : والمقصود به هنا " رهن الحيازة " دائما ، اذ هو عقد ملـزم للجانبين ، يلزم بمقتضاه الراهن بعدم التعرض للمرتهن ، بأي وجه مـن الوجوه ، وبالتالي لا يملك الراهن بيع العينة المرهونة ، ولا اعارتها بـدون رضاء الدائن المرتهن . الى جانب عدم القدرة على استرداد العين قبل فـك الرهن ، اما التزامات المرتهن فتنحصر في العناية بحفظ العينة المرهونـة لعنايته بحفظ ماله والا يتصرف فيها بأي شكل من الاشكال بدون اذن الراهن .

وبحسب الاصل ، فان الرهن باعتباره ملزما للجانبين ، فانه لا يجوز لاحد اطرافه الاستقلال بفسخه ، ولو كان بسبب عدم تنفيذ الطرف الاخر لالتزامه ، وانما له فقط المطالبة بالتنفيذ مع الضمان على المتعاقد المخالف، ويبقى عقد الرهن دون فسخ ، فالاخـلال الوارد من الراهن ببيع الرهن من دون اذن من المرتهن، لا يؤدي الى فسخ العقـد ، ولكن بيع الراهن لا ينفذ الا باجازة من المرتهن ، اما اذا اخل المرتهن بالتزاماته ، فـان ذلك لا يؤثر على عقد الرهن بل يبقى كما هو . ولكن يطالب المرتهن بالضمان ، وبالتنفيذ ، اما اذا تعدى وباع العين المرهونة بلا اذن الراهن فان البيع لا ينفذ ،ويبقى الرهن قائما لا يفسخ ، فان تسلم المشتري العينة المرهونة من المرتهن ، وهلكت في يده قبل الاجازة ، كان للراهن الخيار بين تضمينه المشتري وبين تضمينه المرتهن . اما اذا قام المرتهن برهن العين محل الرهن مرة ثانية بلا اذن من الراهن ، فان هذا الرهن لا ينفذ ويبقى الرهـن الاول قائما لا يفسخ .(١)

وهكذا يتضح لنا ان الرهن لا يفسخ مهما كانت اسباب الاخلال ، سواء كانـت من طرف الراهن او المرتهن ، والحكم دائما ، اما عدم النفاذ او الاجبار على التنفيـذ ، او الضمان عند الهلاك .

د- عقد الصلح : وعقد الشركة : هما عقدان لا يجوز فيهما الفسخ ، نتيجـة اخلال احد الاطراف بالتزامه - فعقد الصلح في الفقه الاسلامي ملزم للجانبيـن بحيث يلزم كلا المتصالحين تجاه الاخر بمقتضى هذا الصلح ،فيلزم المدعـي بالنزول عن ادعائه في مقابل التزام المدعى بتسليم بدل الصلح ولذلك ،فـان الصلح لا يفسخ لعدم قيام احد المتعاقدين بالتزامه ، بل يبقى قائما ، ويجبـر المتعاقد على التنفيذ ." المادة ١٠٤٧ ، ١٠٤٨ من مرشد الحيران ".

حيث تقول المادة ١٠٤٧ - بانه لا يجوز الفسخ الا بالاتفاق - اي بالتقابل.

---

(١) المادة ١٠٣ من مرشد الحيران .

أما عقد الشركة . فقد جاء في المادة ١٣٨٣ - من مجلة الاحكام العدلية " بانه اذا نهى احد الشريكين الاخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار اخرى ، ولا تبع المال نسيئه ، فلم يسمع وذهب الى ديار اخرى او باعة نسيئه ، ضمن حق شريكه من الخسارة اذا هلك المبيع " اما لو كان المبيع قائما فيتقوف البيع على اجازه الشريك ، فان اجازه جاز والربح بينهما . "(١)

٣٨ - وبعد استعراضنا لبعض العقود اللازمة بطبيعتها وتسمى في التشريعات الحديثة العقود الملزمة للجانبين " والتي لا يجوز فسخها بصفة عامة ، توجد بعض الحالات اجاز فيها الفقه الاسلامي الفسخ في هذه العقود . " وهذا فيما عدا حالات الخيار ".

والسبب في استثناء مثل تلك الحالات ، هو تعذر تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه ، اما بسبب هلاك محل الالتزام ، واما فوات المنفعة المقصودة - ومثل هذه الامور موجودة على الخصوص في كل من عقدي البيع والايجار.

ففي عقد البيع : نجد انه في حالة هلاك الشيء المبيع في يد البائع قبل تسليمه للمشتري ، يجوز للمشتري فسخ البيع لانعدام المحل بعد العقد . واذا كان البائع قد تسلم الثمن ، فيجب رده الى المشتري ، ويستوى ان يكون الهلاك بفعل البائع ، او بآفه سماوية اما اذا كان بفعل المشتري ، فانه لايجوز فسخ البيع ويلزم المشتري بدفع الثمن اذا لم يكن قد دفعه . اما اذا كان الهلاك بفعل اجنبي ، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع ، والرجوع بالثمن على البائع والبائع على الاجنبي ، او ابقاء العقد ودفع الثمن ، وعندئذ يرجع المشتري على الاجنبي ، اما اذا تم قبض المبيع ودفع الثمن وهلك الشيء المبيع في يد المشتري - فان البيع يكون قد تم ، ومن ثم يمتنع الفسخ ، ويجب عليه دفع الثمن ان لم يكن قد دفعه(٢) .

كذلك يجب على البائع ان يضمن عند تسليمه الشيء المبيع الى المشتري مقداره وتوابعه فاذا اخل بهذا الضمان ، جاز للمشتري المطالبة بفسخ عقد البيع.(٣)

(١) انظر سليم الباز في تعليقه على نصوص المجلة " وبالذات هذا النص" ص ٧٣٦.
(٢) انظر المواد : ٤٦٠ ، ٤٦٢ ، ٤٦٥ ، من مرشد الجيران - كذلك مصادر الحق - للسنهوري جـ ٦ ص ٢٢٥.
(٣) انظر المواد : ٤٤٨ ، ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٤٧٨ ، من - مرشد الجيران.

ويضمن البائع كذلك استحقاق الشيء المبيع حتى لو لم يكن ذلك مشروطا في العقد فاذا ظهر ان الشيء المبيع مستحق ، كان للمشترى الحق في فسخ العقد ، والرجوع على البائع بالثمن اذا ما تم دفعه اليه ، وعلى البائع ايضا ضمان العيوب ، فاذا وجد في الشيء المبيع عليا ما يكون للمشترى الخيار اما في العقد ، واما في انقاص الثمن .

وينقسم هذا العيب الى قسمين : الاول ـ خاص بسبب من البائع كما لو خلط اللبن بالماء او السمن ، بالزيت ، وغير ذلك من الاحوال ـ الثاني ـ خاص بالشيء نفسه ، كما اذا كان العيب طبيعيا اما ظاهرا او باطنا .

والعيب في نظر الفقه الاسلامي ، الذي يجعل للمشترى الحق في رد الشيء المبيع هو الذي يؤدى الى نقص في قيمة الشيء المبيع ، او يفوت به على المشترى غرضا صحيحا . وفي ذلك تفصيل بين المذاهب ، لا يمكننا ذكره هنا . وفي الحالات التي يتعذر فيها الفسخ ، اذا ما اختار المشترى الفسخ ، فان لهذا الاخير ان يرجع على البائع بنقصان الثمن ، ويقدر نقصان الثمن . بان يقوم المبيع سالما ثم يقوم معيبا ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ، وبمقتضى هذه النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان .(١)

اما عقد الايجار : فكما ذكرنا ، قد ورد على خلاف القياس ، وان حالات الفسخ فيه غالبه . اذ تقضي القاعدة العامة ، بانه في حالة هلاك العين المؤجرة أو استحقاقها ، او حدوث اي عيب فيها ، من شأنه ان يفوت المنفعة المقصودة على المستأجر فان للمستأجر ان يفسخ عقد الايجاره كذلك للمؤجر الحق في فسخ عقد الايجار ، اذا لم يستوف الاجرة من المستأجر ـ " وهذا على خلاف عقد البيع " ـ كذلك للاجير نفس الحق في الفسخ في حالة عدم حصوله على الاجرة ، هذا وقد قضت المادة ٥٨٣ من مرشد الحيران " بانه اذا اشترط تعجيل الاجرة لزم المستأجر دفعها وقت العقد ، وللمؤجر ان يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي تلك الاجرة . وله كذلك ان يفسخ عقد الاجارة عند عدم الايفاء من المستأجر . اما المادة ٥٨٤ من مرشد الحيران ـ فقد قالت ، بانه يجوز للاجير ان يمتنع عن العمل الى ان يستوفي اجرته المشروط تعجيلها وله كذلك فسخ الاجاره ان لم يوف له المؤجر الاجره .

(١) مصادر الحق للسنهوري جـ٦ ص٢٢٧ ـ ويشير حسن على الزنون ـ الى حكم قاعدة لاضرر ولا ضرار ، التي على اساسها يسأل البائع فيقول : ان قاعدة لا ضرر ولا ضرار التي ذهب اليها ابن نجم المصرى ، وهي نظير اختها رفع الحرج × حيث ان الحكمة فيها هو التسهيل على العباد ـ قول الرسول (ص) " جئتكم بالشريعة السمحاء البيضاء ـ ان هذه الكلمة من جوامع الكلم ـ وهي احدى معجزات الرسول ـ بحيث تبين بصفة عامة ان كل

٣٩ ـ وهكذا نصل الى الكلام عن الخيارات ، وهي تمثل بالنسبة للتشريعات الحديثة الشروط الفاسخة الصريح : اذ اجازت الشريعة الاسلامية مثل هذه الخيارات بناء على قوله صلى الله عليه وسلم ـ ان المسلمين عند شروطهم .(١)

ـ وقد قيل في تعريف خيار الشرط : " بانه عبارة عن كون العاقد يبيع السلعة او يشتريها بشرط ان يكون له الخيار في امضاء العقد او فسخه " ويستخلص من هذا التعريف ان خيار الشرط هو الخيار الثابت بالشرط ، فيصح ان يشترط المتبايعان ، لكليهما او لاحدهما كما يصح لاجنبي عنهما . كان يقول اذا اشتريت منك هذه السلعة ، على ان يكون الخيار لفلان (٢) . هذا وقد ثبت خيار الشرط بما روى في الصحيحين عن ابن عمر انه قال ـ " ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، انه يخدع في البيوع ، فقال له من بايعت فقل لا خلابه ، اى لا غبن ولا خديعة ، ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال " وفي ذلك تفصيل بين المذاهب الا انهم متفقون بصفة عامة . فالشافعية والمالكية يتفقون على صحة الخيار بالشرط للمتعاقدين وللاجنبي عنهما . ومن شرط له الخيار ـ له الحق في امضاء العقد او الرجوع عنه ـ ويتفقون بخصوص الاجنبي الذي شرط له الخيار فان شرط الخيار للاجنبي سقط خيار احدهما ، اما الحنفية فهم مختلفون فيما يتعلق بالاجنبي ، ويتفقون مع الشافعية والمالكية في الباقي ، فبخصوص الاجنبي ، فان الخيار له لا يسقط خيار المشترط ، بل يكون شريكا للاجنبي في الخيار . أما الحنابلة فيتفقون مع باقي الائمة في اشتراط الخيار للطرفين ، اما بخصوص الاجنبي فهم متفقون مع الحنفية ومختلفون مع الشافعية والمالكية ، اذ يرون ان اشتراط الخيار للغير قد شرع لمنفعة العاقدين ولاحظ للاجنبي فيه .

والخلاصة هي : ان موقف الشريعة الاسلامية من الفسخ يتحدد في الاتي :

ـ العقد الملزم للجانبين في الشريعة الاسلامية ، ينشئ التزامات على عاتق اطرافه ، غير ان كل التزام يستقل عن الالتزام المقابل له . فالتزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه يقابله التزام المشترى بدفع الثمن ، دون ان يكون هناك اى ارتباط بينهما . وهذا

(١) والهدف من الخيارات هو تحقيق مصالح العباد اذ على اساسها يحتاط المتعاقد لنفسه ويزن فيها سلعته في جو هادئ ، كي لا يكون له عذر في الندم بعد ذلك ، وقد قيدها الشارع بشروط تحتفظ للعقد قيمته ، فلا يكون عرضة للنقد والابطال ، فقال : ان الخيار في العقد لا يصح الا بامرين ـ الاول : ان يتفق عليه البائع والمشترى بكيفية خاصة ثانيا : ان يكون في السلعة عيب يوجب رضها ـ اما الحديث الشريف الذي رواه ـ الشيخان ، هو قوله صلى الله عليه وسلم ، البيعان بالخيار مالم يتفرقا ، فقد اخذ به بعض الائمة دون البعض ، ومن عليه فقد اوله تأويلا مناسبا .

(٢) ويعرف حسن علي الزنون الخيار بان هو ما يشترط احد المتعاقدين او كلاهما لنفسه

على خلاف المعنى الذى يحمله العقد الملزم للجانبين فى القوانين الوضعية الحديثة ، انه ينشىء التزامات متبادلة وتتقابلة بين المتعاقدين ، والارتباط بالنسبة لتلك الالتزامات يمثل العمود الفقرى لها .

اضافة الى ما تقدم ، لا تعرف الشريعة الاسلامية نظرية عامة للفسخ ، وانما يقتصر الفسخ فيها على حالات محددة ، مثلها مثل القانون الرومانى ، والالمانى ، والسويسرى والتركى ، والانجليزى ، الى جانب ذلك قيام الفسخ بحسب الاتفاق فى تلك القوانين" وفى الشريعة الاسلامية عن طريق الخيارات ، وعليه يكون الاصل فى الشريعة الاسلامية ان العقد الملزم للجانبين او عقود المعاوضة بصفة عامة لا تكون قابلة للفسخ نتيجة اخلال احد المتعاقدين فى تنفيذ التزامه ، بل يبقى العقد قائما ، وليس للدائن الا ان يطالب المدين بالتنفيذ او بالضمان على حسب الاحوال ، والعقد هو مصدر المطالبه بالتنفيذ او بالضمان . — الا ان هناك احوالا يجوز فيها لاحد المتعاقدين ان يطلب الفسخ فى حالة اخلال المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه ، اهمها اذا انعدم محل العقد او فاتت منفعته المقصودة فان هلك هلاكا كليا او جزئيا او تحقق عيب فيه ، او نقص مقداره ، او قامت موانع تحول دون استيفاء منافعه المقصوده ، فيصبح العقد قابلا للفسخ . ويرجع الفسخ هنا للخلل الذى يصيب محل العقد ، دون غيره فالمحل فى نظرهم هو محل العقد وليس محل الالتزام ، وبالتالى لا يجوز الفسخ فى حالة التخلف عن دفع الثمن ، والسبب كما اسلفنا هو عدم وجود ثالارتباط بين الالتزامين المتقابلين .

* هذا ويقول عبد الرحمان الجزيرى فى كتابه الفقه فى المذاهب الاربعة . ان معنى الخيار فى البيع وغيره طلب خيار الامرين فيهما والامران فى البيع — الفسخ والامضاء . فالعاقد مخير بين هذين الامرين وان الاصل فى عقد البيع ان يكون لازما من استكمل شرائطه ولكن قد عدل عن ذلك فى مسائل الخيار لحكمة جليلة هى مصلحة العاقدين فقد اباح الشارع الخيار استبقاء للمودة بين الناس ودفعا للضغائن والاحقاد من انفسهم اذ قد يشترى الواحد السلعة او يبيعها لظروف خاصة تحيط به ، بحيث لو ذهب ذلك الطرف لندم على بيعها او شرائها ، ويعقب ذلك الندم غيظ فظيع وحقد وتخاصم وتنازع الى غير ذلك من الشروط او المفاسد التى يحذر منها الدين ويمقتها كل المقت ، ويزيد حسن الزنون القول بانه خيار الشرط ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم ، عن بيع وشرط ، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار اسما رومعنى لا حكما ، وقد عرف ذلك فى اصطلاحهم فى الاصول والموانع الخمس ، ويستطرد انه لما كان النص قد جاء بصحة هذا الخيار ، فقد جعلوه داخلا على حكم العقد مانعا له تعليلا لمحله بقدر الاحكام ولم يجعلوه داخلا على اصل البيع للنهى عن بيع وشرط ." الرسالة السابقة ص ١٧٠ وما بعدها .

اما عقد الايجار: فهو قابل للفسخ كما اشرنا اليه ، لانه جاء على خلاف القياس والمعقود عليه هو المنفعة او العمل . وكلاهما معدوم ، ومتجرد ، ومن ثم امكن القول بفسخ عقد الايجار في اغلب الاحوال ، ومن هذا الصدد يقول ابن تيمية - انه اذا بقي من المنفعة ما ليس هو المقصود بالعقد بفصل اى يفسخ " وهو قول اكثر العلماء لان المنفعة لما لم تكن مقصوده كان وجودها وعدمها سواء ، وكذلك سائر الوجوه التي تتعذر فيها حصول المقصود من غير اياس .(١)

وينفسخ عقد الايجار في حالة هلاك العين المؤجرة او حدوث عيب فيها ، وكذلك يفسخ ايضا في حالة عدم دفع الاجرة - واساس الفسخ في كل ذلك ليس طبيعة العقد الملزم للجانبين بما تضمنه من الارتباط بين الالتزامات المتبادلة ، ولكن فكرة تجدد المعقود عليه انا فآنا (٢) ويقول الزيلعي : ان الاجاره تفسخ بالعيب ، لان العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب ، فان لم يسلم فات رضاه ويفسخ كما في البيع (٣) .

اما عن عقود الرهن والصلح والشركة فانه لا يجوز فسخها الا بالاتفاق "بالخيارات" واساس الفسخ في الخيارات ليست تلك الطبيعة الخاصة للعقد الملزم للجانبين ، ولكن لان قيام الخيار في العقد يجعله غير لازم ، وفقا للقواعد المقرره في سائر الخيارات.

وقد جاء في مرشد الحيران - بصدد خيار النقد او الشرط - انه اذا اشترط المتبايعان في عقد البيع ان المشترى ان لم يؤد الثمن الى ثلاثة ايام صح البيع والشرط فان ادى المشترى الثمن في المدة المعينة لزم البيع ، وان لم يؤده في المدة المحددة او مات في اثنائها قبل اداء الثمن فسد البيع .

---

(١) رسائل ابن تيمية - الرسالة الثامنة من الجوامع - مشار اليه في حسن على الزنون - حول ان اساس المقصود من العقد هو اساسه . هذا ويقول صاحب البدائع للكاساني ، ان الاجاره تفسخ لوقوع الاياس من استيفاء المقصود عليه بعد هلاكه - اما عقد البيع فيقول : اذا هلك المبيع قبل التسليم سقط عن المشترى الالتزام بدفع الثمن ، ذلك ان الثمن لم يعد له مقابل لفوات المقصود الذى رمى اليه المشترى في ابرام العقد ، ومنها ان للبائع الحق في الامتناع عن تسليم المبيع مادام المشترى لم يدفع - مشار اليه في حسن على الزنون المرجع السابق - ويشير حسن على الزنون الى رأى الزيلعي للوصول الى القول بان اساس الفسخ في الشريعة الاسلامية هو اتصال الرضا بالمحل ، بناء على النزعة المادية التي ظهرت اثارها في لزوم ربط الرضا بالمحل حتى ينشأ العقد صحيحا ، وان المتعاقد لا يقتصر حقه على نشوء الاتفاق بل يمتد الى واقعة الوفاء بما وعد به الطرف الاخر .

(٢) السنهوري - مصادر الحق جـ ٦ ص ٢٣٢ .

(٣) مشار اليه عند حسن على الزنون الرسالة السابقة ص ١٥٠ .

٤٠ ـ واخيرا يتضح لنا ان الشريعة الاسلامية لا تعرف نظرية عامة للفسخ ، بل تعرف فقط تطبيقات له فى حالات محددة ويكون ذلك على سبيل الاستثناء لان الاصل عندهم هو التنفيذ . ونعتقد ان موقف الفقه الاسلامى ينبنى على عدة اعتبارات ، منها العامل الدينى الذى يحتل فى النفوس ، وعلى هداه يبرمون العقود وينفذونها ، يحدوهم فى ذلك حسن نيتهم ، ونزاهة مقصدهم فى الحفاظ على حسن سير التعامل بينهم ، لان الاسلام حيث على التعامل الصادق بين المسلمين ، لكونه يمثل دعامة قوية من دعامات الدين ، وبالتالى فان تنفيذ العقود يجب ان يتم بنفس الروح التى تم فيها وقت الابرام ـ لان الطرفين انما اراد ا من ذلك تحقيق غاياتهما التى يريدان الوصول اليهما ، فاذا وجدا ان العقد لن يصل الى تحقيق تلك الغايات بسبب استحالة تنفيذه ، اجيز لهما التخلص منه وفسخه .

وهذا كله فى اطار الحديث الشريف ، الدين المعاملة .

** الفصل الثانـــي **

اســاس الفســخ وطبيعتــــــه

٤١ ـ بعد ان فرغنا من الكلام عن الفسخ في الجانب التاريخي منه ، وفي موقعه عند بعض التشريعات الحديثة يجدر بنا ان نتناول بالحديث ، اساسه وطبيعته .

والفسخ باعتباره جزاء لعدم التنفيذ فانه يتحدد بحسب الاصل من عدم التنفيذ الناتج عن خطأ صادر من المدين فاذا لم يتفق عليه صراحة بين المتعاقدين ، بمقتضى شرط فاسخ صريح فان للطرف المضرور ان يلجأ الى القضاء للحصول عليه وهكذا يكون الفسخ باعتباره جزاء ، اما قضائيا واما اتفاقيا .

واذا كان الفسخ في التقنين المدني المصري ، سواء كان اتفاقيا او قضائيا يمثل نظرية عامة ، كما سبق ان اسلفنا ، الا ان بعض القوانين الحديثة لا تجعل احكامه نظرية عامة بل تطبقه بنصوص خاصة لحالات معينة ، وترى في الاتفاق عليه بين الاطراف اساسا لسريانه مثل القانون الالماني والقوانين المشابهة له .

والثابت ان القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٨٤ يعتبر الفسخ القضائي الاصل اما الفسخ الاتفاقي فيعتبره استثناء من ذلك الاصل .

لذلك فاننا نرى ان المشرع المصري قد احسن صنعا في النص على الفسخ الاتفاقي حيث وضع له المادة ١٥٨ لكي يكون مع الفسخ القضائي ، في مرحلة وسط بين التشريعات التي تأخذ بالفسخ القضائي كاصل ، والتي تأخذ بالفسخ الاتفاقي كاصل .

الا ان هذا لا يمنع ان تكون معظم النظريات التي قيلت بصدد اساس الفسخ وطبيعته مستمدة من الفقه الفرنسي باعتبار ان معنى الفسخ كجزاء ، واحد في جميع القوانين ، ولذلك سنتكلم في هذا الفصل عن اساس الفسخ ثم ننتقل بعد ذلك الى طبيعته

** المبحث الاول **

اســـاس الفســـخ

Le fondement de La résolution

٤٢ - لقد تعددت النظريات التي تحدثت عن اساس الفسخ ، اذ ذهبت كل منهـــا في ذلك مذاهب شتـــى .

اولها ترى في الشروط الفاسخ الضمني اساسا للفسخ ، استنادا الى العبـارات الاولى التي وردت في الفقرة الاولى من المادة ١١٨٤ والتي تقول " بان الشرط الفاســخ مفترض دائما في العقود ".

ثانيها ، ترى في نظرية السبب اساسا للفسخ ، على اساس ان التزام احـــد الاطراف يعتبر سببا لالتزام الطرف الاخر ، ومن ثم اذا لم ينفذ احد هؤلاء الاطراف التزامه في " العقد الملزم للجانبين " سيؤدي حتما الى الغاء العقد لان التزام الطرف الاخـر سيكون من دون سبب .

والى جانب تلك النظريات ، كانت نظرية التقابل والتوازن او التعلل وكانت ايضا فكرة العدالة وحسن النية ، وفكرة طبيعة العقد ، ثم اتصال الرضا بالمحل ، وفي الاخيـر كانت فكرة استحالة التنفيذ .

ونبدأ باستعراض تلك النظريات ، وبصفة خاصة - الاولى والثانية - ثم التقابل والتوازن وفي الاخير نظرية استحالة التنفيذ .

المطلب الاول

نظرية الشرط الفاسخ الضمني

La théorie de la condition résolution taçite

٤٣ - لقد اوحت الفقرة الاولى من المادة ١١٨٤ فى حديثها - عن الشرط الفاسخ الضمنى ، الى ان يأخذ بعض الفقه بفكرة الشرط الفاسخ الضمنى كأساس لفسخ العقد الملزم للجانبين وتعنى عبارة الشرط الفاسخ الضمنى - بان حق الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين ناتجا من قرينة او افتراض présomption الاتفاقية عليه او اشتراطه فى العقد دون ان يتطلب التصريح به من قبل الاطراف ويفسر من جهة اخرى بانه تهديد Menace للمتعاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه المتفق عليه ، او قام به بطريقة غير كاملة .

والمعلوم ان هذه الفكرة كانت تأخذ بها المجالس القضائية القديمة Les anciens parlements عند نظرها للنزاعات الخاصة بالفسخ ، ومنها انتقلت الى القانون الفرنسى ، حيث اصبحت فى نظر البعض اساسا للفسخ .

وقد اثار وجود نص المادة ١١٨٤ فى الفصل الخاص بالشرط الفاسخ ، فى نظر هذا الفقه نوعا من التأكيد بان واضعى القانون ، قد ارادوا من ذلك ان يجعلوا من الشرط الفاسخ اساسا للفسخ .

ومن جهة اخرى نجد ان هناك نزعة من جانب البعض ذهبت الى القول بأن الشرط الفاسخ الضمنى ينحدر من الشرط الرومانى القديم Lex - commissoria الذى يوضع للصالح البائع فى عقد البيع ، يستخدمه اذا اراد الفسخ عند تخلف المشترى عن دفع الثمن وقد سبق ان اسلفنا ان مثل هذا القول ليس بصحيح ، باعتبار ان الشرط الفاسخ الرومانى ليس الا وسيلة ضمان خصصت لصالح البائع دون المشترى وفى عقد البيع دون غيره من العقود الى جانب ان الفسخ الرومانى بمقتضى هذا الشرط - هو فسخ قانونى فى حين ، نجد ان الفسخ الذى تتضمنه المادة ١١٨٤ ذو طابع يختلف كل الاختلاف على ذلك الشرط ، [1] بدليل ان الفسخ فى تلك المادة خصص لصالح الطرفين ، وفى جميع

(١) انظر فى هذا المعنى ديمتريسكو - الشرط الفاسخ فى العقود رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ ص ١٠٣ وما بعدها ، نيشتنه ، دعوى الفسخ فى العقود رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ ص ١١١٣ ص ٦٢٠ ، مورى ، فكرة التقابل فى الالتزامات رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ [illegible]

العقود الملزمة للجانبين (1) ثم ان الفسخ فى المادة السابقة يجب ان يتم عن طريق القضاء اى انه فسخ قضائى ، اما الفسخ فى الشرط الرومانى فانه يتم بقوة القانون ، واللجوء الى القضاء للمطالبة بالفسخ ، يعنى ان القاضى يملك سلطة تقديرية واسعة للحكم بالفسخ ،ويعنى منح المدين مهلة بحسب الظروف، الى جانب منح الدائن تعويضا بجانب الفسخ ، اذا كان له مقتضى (2) .

الا انه وبالرغم من الخلافات الجذرية بين كل من المادة ١١٨٤ فرنسى والشرط الفاسخ الرومانى Lex - commissrioa فان الاستاذ هيك (3) يقول بان الشرط الفاسخ المذكور فى المادة ١١٨٤ ليس الا الشرط الفاسخ الرومانى ، ويصف تدخل المحاكم فى هذا الشأن بانه تحكمى وغير قانونى (4) .

= سنة ١٩٢٤ ص ٧١ ، ليقى ، فسخ العقد بقوة القانون رسالة من باريس سنة ١٩٢١ ص ٧ بلانيول ريبر واسمان ج ٦ فقرة ٤٢٠ ص ٧٥٠ السنهورى ج١ ص ٧٨٤ وما بعدها .

(1) وقد اكد ذلك ديمتريسكو عندما قال بان الشرط الفاسخ الرومانى ، ليس له من هدف الا حماية مصلحة البائع فقط ، خوفا من ان يفقد الشئ والثمن ، وهو بالرغم من انه كان محلا للحماية عن طريق القاعدة التى تقضى بان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا اذا بدأ فى دفع الثمن انظر رسالته السابقة ص ١٠٣ .

(2) ويوضح لنا لبليتيه الفرق بين القانون الفرنسى القديم ، باعتباره المصدر الاول للمادة ١١٨٤ وبين الشرط الفاسخ الرومانى ، فى ان القانون القديم عندما حدد موقفه من الشرط الفاسخ لم يكن ليقصد ان ينتج هذا الشرط اثاره بقوة القانون ، حيث لا يوجد هناك ادنى شك فى ان رغبة واضعى القانون كانت قد انصرفت الى الاحتفاظ بهذا الموقف الذى ذهب اليه القانون القديم فيما يتعلق ببيع العقارات ، ويفرع على ذلك نفس الكاتبه بان الفقه والقضاء لم يفسر تلك النصوص بنفس الطريقة والمحصورة والضيقة التى ذهب اليها القانون القديم بل انهم ذهبوا الى ابعد من ذلك فى شموليته الى جانب ، ضرورة تدخل القاضى اذا اراد الاطراف ان يدخلوا ضمن المادة ١١٨٤ والى الموافقة بالسماح للاطراف بان يشترطوا ، شرطا فاسخا صريحا للوصول الى الفسخ بقوة القانون ، " انظر رسالته السابقة الاشارة اليها ص ٧١ وما بعدها ، " .

(3) "Huc. Cammentaire théorique et pratique du code civil t VII , P.377.

(4) Huc. OP.Cit., t VII P.362 وفى نفس المعنى Baudry la cantinerie (Droit civil t II N.944 Abry et Rau (Traité de droit civil t.IV not P.126.

حيث ابدى هؤلاء الكتاب موقفهم من السلطة التقديرية للقاضى بخصوص عدم التنفيذ الجزئى :

"Il est permis de penser que cette jurisprudance substitue l'application docement arbitraire du juge à une disposition de la loi dont les termes genereaux ne distinguent pas entre l'inexécution totale et l'inexécu-

وعلى نفس المنوال ذهب بلانيول في انتقاده للطابع القضائي للفسخ الـــذي تنظمه المادة ١١٨٤ اذ قال : " بانه لمما يثير الدهشة ان يكون الفسخ قضائيــا ، اذ من المعروف ان اصله اتفاقي اشترطه الطرفان صراحة ، واكتفى القانون باعتبار هذا الشرط ضمنيا فـي كل العقود فلماذا لا يجوز لهما ان يقوما بفسخ العقد دون اللجوء الى القضاء ، اما فيما يتعلق بمـا يجرى عليه العمل قبل وضع القانون المدنـــي الفرنسي من التزام المدعي بالالتجاء الى القضاء للحصول على الفسخ فقد اجاب بلانيول بانه في القانون الروماني بخصوص عقد البيع كان الشرط الفاسخ الذي يجعل العقـــد مفسوخا الا ان اثار الفسخ لم تكن تمتد الى نقل الملكية التي تترتب على العقود ممـــا يستدعي ان يلجأ البائع الى استعمال دعوى تسمى

"Action venditi ou proescriptis verbis"

وهي دعوى يلجأ اليها البائع لاسترداد ماله رغم ان العقد قد تم فسخه بقوة القانـون (١)

ورغم ذلك فقد تراجع بلانيول واقر تدخل القضاء في حالة عدم التنفيذ الجزئـــي فقط دون غيره (٢)

٤٤ ـ وبالرغم من هذا الاعتراض ، فان هذه النظرية تتسم ببعض البساطة التي قــد تتلاءم في بعض الاحيان مع نص المادة ١١٨٤ ، في تفسيرها بطريقة لافته للنظـــــر ـ لرجعية الفسخ ـ وان كانت تلك الرجعية تعتبر اثرا له وسواء كان الفسخ قضائيا او ـ قانونيا ، فهي رجعية واحدة في كلا الحالتين ـ وان كان بلانيول لا يعترف الا برجعية واحدة ، واقرها القانون كما يقول ـ وذلك في الحالة التي يتمسك فيها الاطـــراف بالفسخ سواء كان بطريقة صريحة او ضمنية. (٣)

(١) "Planiol, traité élementaire de droit cevil tII IV.1312"
La claus résolutoire n,a jamais eté que un pacte commissoire operant d'une manier oblique et par le minister du juge (Troplong de la vente 2 édition 1835,t II P 117).

(٢) المرجع السابق . "Planiol, op. cit, N° 1202

(٣) Cette destinction rétrocative d'un contrat que la loi recommait comme valable, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une volonté expresse ou tacite des parties. Il est impossible de lui attribuer une autre cause" (Planiole,

وبناء على تلك المساطة التي يمتاز بها فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، والتي قد تتلاءم مع المادة ١١٨٤ ، فان محكمة النقض الفرنسية ، قد اخذت بهذا الشرط كأساس للحكم بالفسخ في كثير من احكامها . (١)

٤٥ ــ الا ان الفقه الحديث ، رغم ذلك ، لم يقبل الاخذ به كأساس للفسخ وكان على رأسه الاستاذ كابيتان الذي هاجم الاصل التاريخي للشرط ابتداء من الوقت الذي عرف فيه عند القانون الروماني ، حتى تم اقراره في المادة ١١٨٤ فرنسي ففي كتابه سبب الالتزامات نفى كابيتان وجود اي علاقة بين الشرط الروماني والشرط الذي اخذ به القانون الفرنسي في المادة السابقة ، وقد استشهد بكتابات كل من دوما وبوتيه لتأكيد ما ذهب اليه ، حيث يقول بان هؤلاء الكتاب لم يشيروا على الاطلاق وجود اي تشابه بين الاثنين (٢) ويفرع على ذلك القول بان الشرط الروماني لا يحقق الا فائدة البائع ، وان المشتري لا يستطيع بأي وجه

ــ الا ان ليفي يشير في رسالته ان الاساس الذي يعتمده بلانيول للفسخ هو الرضاء المشروط للاطراف على تقابل الالتزامات ...

"Le consentement conditionnel des parties portant sur la réciprocite des obligtions"

مستندا في ذلك على العامل التاريخي المتمثل في الشرط الفاسخ الروماني والذي اصبح الان مفترضا في العقود الملزمة للجانبين ويستطرد ليفي Levey فيقول " بان بلانيول في حديثه عن الرضا المشروط كان منطقيا الا انه لم يأخذ في الاعتبار الجانب النفسي ، اذ في الواقع قد يكون من غير المحتمل دائما ان يواجه الاطراف هذا الوضع ــ اي فسخ العقد ، اثناء ابرامه ، ويذهب نفس الكاتب في نقده للاصل التاريخي الذي ذهب اليه بلانيول الى القول بان ما ذهب اليه بلانيول ليس صحيحا ، وذلك لان الفسخ يعتبر امرا مركبا اذ من الممكن ان نجد له مصدرين اخرين الاول - في الدفع بالغش ، والثاني في دعوى الاسترداد ليفي ، الفسخ بقوة القانون الرسالة السابقة ص ٧ فقرة ١٣ ، ونفس المعنى نجده عند لهليتسه ، حيث يقول بانه قد يكون من غير المحتمل ان يكون الاطراف قد اثاروا مشكلة عدم التنفيذ من جانب احد الاطراف ، وبالتالي اثارة فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، وانه يمكننا القول بأن تحليل رغبات الاطراف اثناء ابرام العقد قد يقودنا في بعض الاحيان الى القول بانهم قد طرحوا جانبا فكرة الشرط الفاسخ الضمني (انظر لهليتسه في رسالته السالفة الذكر ص ٧٢) .

ــ وفي نفس المعنى ايضا / جميل الشرقاوي مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٦ هامش ١ ص ٤٠١

(١) نقض فرنسي ٨ يناير سنة ١٨٥٠ سيري ١٨٠٥ ــ ١ ــ ٣٩٤ ، نقض عرائض ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٨ سيري ١٨٩٨ ــ ١ ــ ٤٤٠ ، نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ ــ ١ ــ ٢١٨ ، نقض مدني ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ دالوز ــ ١٩١٠ ــ ١ ــ ٢٨١ .

(٢) كابيتان في السبب ص ٣٠٩ وما بعدها

من الوجوه ان يطالب بفسخ عقد البيع عند عدم تنفيذ البائع لالتزامه ، ثم انه كيف يمكننا ان نفهم بان الشرط الروماني قد اصبح مضمرا "sous - entendu" بحيث تم اقراره على هذه الصورة وهو في الواقع لم يكن هكذا على الاطلاق. (١)

اما الاستاذ السنهوري (٢) فيقول بانه " ليس صحيحا ان اساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني ، ولو صح هذا لترتب عليه انه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط الفاسخ ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، وهذا غير صحيح لان الفسخ لا يكون الا بحكم قضائي او باتفاق ، وللقاضي حق التقدير ، فيجيب طلب الفسخ او يرفضه ، وللمدين ان يقوم بتنفيذ العقد ، فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن ان يعدل عن المطالبة بفسخ العقد الى المطالبة بتنفيذه.

ويقول كذلك بان التقنين المدني الفرنسي ، عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرا بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ على ان الشرط الفاسخ مفهوم ضمنيا في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما اذا لم يقم احد المتعاقدين ، بما في ذمته من التزام ، وهو لم يرد بهذا اكثر من ان يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد اذا لم يقم المدين بالتزامه اما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته الاعتبارات التاريخية.

٤٦ — هذا ونجد جانبا من الفقه قد حاول ان يقيم لمفهوم الشرط الفاسخ الضمني اساسا علميا وسندا قانونيا لتبرير وجود هذا المفهوم في نص المادة ١١٨٤ ، فمنهم على سبيل

---

(١) كابيتان المرجع السابق ص ٣٢٥

"La lex commissoria, d'ailleurs, ne profitait qu'un vendeur l'acheteur ne pouvait en aucune façon demender la résolution de la vente pour inéxécution des obligations du vendeur. Nous ne comprenous pas comment le pact commissoria étant sous-entendu, aurait aquis une partée de l'aplication qu'il n'avait jamais eue".

(٢) انظر الوسيط جـ١ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ ص ١٢٨٤ اما الاستاذ سولد و زورشر Socioldo Zurcher فيقول " بانه عند التدقيق في نص المادة ١١٨٤ نجد ان هناك نوعا من التعارض بين الفقرة الاولى التي تتكلم عن الشرط الفاسخ الضمني ، والفقرة الثالثة التي تتحدث عن التعويض وذلك لو اردنا القول ، بان الشرط الفاسخ الضمني هو الشرط الروماني على اعتبار ان الشرط الروماني سيؤدي الى الفسخ بقوة القانون دون ان يتمكن من المطالبة بالتعويض في حين نجد في المادة ١١٨٤ الفقرة الثالثة تتحدث عن امكانية

المثال الاستاذ لوران Laurent (1) الذى قال بان هذا السند او هـــذا الاساس لايمكن الا ان يكون إعتبارات العدالة ، التى يرد اليها فى الشرط الفاسخ الضمنى اذ لا يكون البائع ملزما بتسليم المبيع الا بشرط ان يدفع له المشترى الثمن فاذا لــم يؤدى المشترى الثمن فان العدالة تقضى بان يتحلل البائع من التزامه ويمكن القــول بان ذلك هو فعلا قصد المتعاقدين وقت ابرام العقد ، فضمنا هذا القصد الشــرط الفاسخ الضمنى ، ولم يفعل المشرع اكثر من تقرير ما اشترطه المتعاقدان بجعل هذا الشرط مفترضا فى التعاقد .

اما الاستاذ بيدان (2) Beudant فيقول بان الشرط الفاسخ الضمنى انما يتأدى مما يقرره الواقع من عدم احقية المتعاقد فى المطالبة بوفاء ماله من حقــوق قبل الاخر طالما انه لم يقم بما عليه من الالتزامات ، وان هذا الشرط ما هو الا اجراء

= لعدم التنفيذ الجزئى من ليون سنة ١٩٢٤ ص٢١ ، والغريب ان فكرة الشرط الفاسخ قد اوحت الى ليفى Levey القول بان الفسخ الذى جاء به القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١٨٤ ليس الا فسخا يقع بقوة القانون ويدعم قوله هذا باراء بعــض الكتاب الفرنسيين الى جانب بعض الاحكام الصادرة من محكمة النقض الفرنسيـــة راجع رسالته فى الفسخ بقوة القانون سنة ١٩٣١ ص ١٥ وما بعدها .

(1) دروس فى القانون المدنى الفرنسى (مشار اليه فى حسين عامر ص٣١٢) امـــا نشتـــه فيقول بانه لا يوجد من قصد للشرط الفاسخ الضمنى سوى تحقيقـــه للعدالة والاستجابة لرغبات الاطراف انظر رسالته فى دعوى الفسخ ١٩٠٩ ص١٤ وما بعدها .

(2) دروس فى القانون المدنى الفرنسى ــ الالتزامات obligations مشار اليه فى حسين عامر ص ٣١٧ ، والخلاف فى المعنى بين الشرط الفاسخ الضمنــى والشرط الفاسخ الصريح الى جانب الخلاف فى الاثر ، ادى بالاستاذ دى بــــاج الى نقد فكرة الشرط الموجود فى نص المادة ١١٨٤ ، لكونها تنطوى على خلـــط بين الشرط باعتباره وصفا فى الالتزام ما كواقعة مستقبلة وغير محقق الوقوع ، يترتب على حدوثها فسخ العقد دون حاجة الى البحث فى التنفيذ وعدمه ، وبين الشرط الفاسخ الصريح باعتباره جزاء على عدم التنفيذ يقع حتما بمقتضى شرط فى العقــد ، ولهذا يؤثر دى باج العدول عن عبارتى الشرط الفاسخ الضمنى والصريح ويـــرى التعبير عن ذلك بحق الفسخ فى العقود الملزمة للجانبية ، دى باج جـ٢ فقـــرة ٨٧٦.

وقائي منحه القانون واوجبته الضرورات ، ولكن هذا القانون لا يقضي به ولا يتولى امره وانما يبيح للاطراف بناء عليه طلب فسخ العقد ، وفي هذا الكفاية لحماية المصالح المتبادلة .

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بانه لا يمكن ان يكون لا الشرط الفاسخ الضمني ولا الشرط الفاسخ الصريح اساسا للفسخ ، فالفسخ في كل من القانون المدني الفرنسي والمصري ، اما ان يتم بطريق القضاء واما بطريق الاتفاق ، ومن ثم فان الكلام عن الشرط الفاسخ لا يعدو ان يكون اما وصفا في الالتزام قد يوجد وقد لا يوجد واما شرطا للتمسك بالفسخ فقط . ونتفق في هذا الرأي مع الاستاذ كاسان [1] عندما قال " كم هو خاطئ الكلام عن الشرط باعتباره عنصرا جوهريا في تكوين العقد ، مثل الرضا والمحل والسبب ، فالشرط ليس الا وصفا عرضيا في الالتزام يمكن ان يوجد الالتزام بدونه ، في حين ان الاداء المتفق عليه في العقد الملزم للجانبين يعتبر من جوهر هذا العقد .

ومن جهة اخرى فقد ثبت لنا ان حكم المادة ١١٨٤ لا يمكن ان يكون قد انحدر من الشرط الروماني Lex commissoria للاسباب التي سبق ان اسلفنا ذكرها لطبيعة الخلاف بين الاثنين سواء كان من الناحية التاريخية او من ناحية طبيعة كل منهما .

ولقد احسن المشرع المصري صنعا في عدم اخذه بالشرط الفاسخ الضمني اساسا للفسخ في نصوصه وذلك حسما للخلاف من جهة وتحقيقا للمتطلبات العملية من جهة اخرى [2]

---

(١) كاسان Cassin في مقالة السالف الذكر في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٥ ص ١٦٥ .

(٢) والجدير بالذكر ، ان عبارات الشرط الفاسخ الضمني ، والشرط الفاسخ الصريح قد وردت كثيرا في لغة محكمة النقض المصرية ، منها على سبيل المثال - الحكم الصادر في سنة ١٩٣٢ حيث تقول بان الشرط الفاسخ الضمني كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده ، لا يقتضي بذاته الفسخ بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائي ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه - (نقض ٨ ديسمبر ١٩٣٢ مجموعة عمر ج١ رقم ٨١ ص ١٥٢) ونفس المعنى في حكم لها ايضا سنة ١٩٢٦ ، ١٢ ابريل مجموعة عمر ج١ رقم ٣٤٣ ، ١٠٨٦ ، - كذلك نقض ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ - مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ ، ايضا نقض مدني ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ ، ايضا نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة عمر ٧ رقم ٨٦ ص ٦٢١ ، هذا وقد اوضحت هذه المحكمة بصراحة الفرق ما بين الشرط الفاسخ الضمني وبين الشرط الفاسخ الصريح ، في حكم لها بتاريخ ٢ مايو سنة ١٩٤٦ فقالت : " بان الشرط الفاسخ الصريح ، والشرط الفاسخ الضمني يختلفان طبيعة وحكما " فالشرط الفاسخ

= الضمنى لا يستوجب الفسخ حسما اذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى ان يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه بل للمدين نفسه ان يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل ان يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ اما الشرط الفاسخ الصريح ، فهو موجب للفسخ حسما فلا يملك معه القاضى امهال المشترى المتخلف عن اداء الثمن ولا يستطيع المشترى ان يتفادى الفسخ باداء الثمن او عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها القيد الرسمى بالوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى بينة اذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى بينة او اعذار .

ولنا ملاحظة على موقف محكمة النقض المصرية فى حديثها المستمر عن الشرط الفاسخ الضمنى ، وكأنها قد اخذت به فعلا كأساس للفسخ ، كما هو ظاهر فى كثير من احكامها ومن جملة هذه الاحكام الاحكام السابقة ، وهذه الاحكام نقض مدنى ٤-١٢-١٩٤٧ ، ١٤/٥/١٩٥٢ ، ٢٤-١١-١٩٥٥ ، ٢١-٥-١٩٥٦ ، نقض جنائى ١-٥-١٩٥٢ . فنقول ان هذا الموقف غير واضح وغير دقيق فى نفس الوقت ، لاننا نعتقد ان القانون المدنى المصرى لم يعد الان تابعا للقانون الفرنسى - الى جانب ان الشرط الفاسخ الضمنى فى هذا القانون غير موجود على الاطلاق - وحتى فى القانون المدنى القديم غير موجود ايضا فالمادة ١١٧/١٧٣ لا تتحدث مطلقا عن الشرط الفاسخ الضمنى وان كانت نصوص هذا القانون قد استمدت من قانون نابليون ، والتقنين المدنى الجديد كما يعلم الكل قد جارى التطور الحديث واخذ بعين الاعتبار كل القوانين الحديثة ، الى جانب احكام الشريعة الاسلامية ، حيث ظهر ذلك واضحا بين نصوصه . اما اذا عدنا الى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى - فاننا سنجدها لا تشير ولو من بعيد الى فكرة الشرط الفاسخ الضمنى ، اذ تقول يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه احد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الاخر فسخه ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به ، او بتراضى الطرفين او بحكم القانون ، وبذلك يكون الفسخ قضائيا ، او اتفاقيا ، او قانونيا ، على حسب الاحوال الى اخره (مجموعة الاعمال التحضيرية ج٢ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨) .

ونتفق فى هذا الرأى مع الاستاذ السنهورى - عندما قال ، ومن ثم نرى ان استعمال عبارتى الشرط الفاسخ الضمنى ، والشرط الفاسخ الصريح اللتين تردان كثيرا فى لغة القضاء المصرى وخاصة فى لغة محكمة النقض ، ليس بالتعبير الدقيق (انظر الوسيط ج ١٠ هامش ص ٧٨٤ - رقم ٣ .

** المطلب الثانـــي **

نظريـــــة السبـــــب

LA THEORIE DE LA CAUSE

٤٧ - بعدما تبين لنا من اعتراضات على فكرة الشرط الفاسخ الضمني ، للاخـــذ بها كأساس لنظرية الفسخ ، كان من اللازم ان يتجه البحث عن اساس اخر لها .

وبالفعل ذهب كابيتان (١) Capitant الى القول ، بان اساس الفســخ هو نظرية السبب مستلهما في ذلك اعمال كل من ديمولومب ، ولا رومبير (٢) اللذين سبـق لهما ان اشارا الى تلك النظرية في كتاباتهما .

ويتمثل هذا الاساس في انه " اذا كان سبب التزام احد المتعاقدين فـــي العقد الملزم للجانبين ، التزام الطرف الاخر فان عدم تنفيذ احدهما لالتزامه سيؤدي الى الغاء العقد لان التزام الطرف الاخر سيكون من دون سبب (٣) .

والمعلوم ان النظرية التقليدية في السبب (٤) كانت قد ذهبت الى القول بـــأن السبب هو الغاية المباشرة but immediat او الغرض المباشـر Fin directe الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من التزامه ، وهو يستخلص من نـــوع العقد ، ومن طبيعة الالتزام ذاته ، اذ هو شيء موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم ، ولا يتغير ، فيبقى واحدا في نوع واحد من العقود من وقت تكوينه الى حين تنفيذه ، وتظهر اهمية ذلك في ان حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد عند عدم تنفيذ الطرف الاخـر التزامه ، سيجده في السبب القصدي ، والسبب القصدي في العقد الملزم للجانبيـــن هو " ان سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الطرف الاخر " ومثال ذلك في عقـــد البيع ، ان البائع يلتزم بمقتضى عقد البيع بنقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري ، وسبب

---

(١) Capitant, cause, n° 147 notamment p. 322, 323

(٢) Demolombe, xxV, n° 489;- Larombiere, 111 art.484 n° 1.

(٣) وقد اخذ القضاء الفرنسي على مدى نصف قرن ، كما يقول اوبري ورو ، بهذه النظرية كأساس للفسخ ومن احكامه الحكم الصادر في ١٤ ابريل ١٨٩١ (د اللوز ٩١ - ٤ - ٣٢٩) الذي يقول فيه " انه في العقد الملزم للجانبين ، يكون التزام احـــد الاطراف سببا لالتزام الطرف الاخر والعكس صحيـــح بحيث اذا لم ينفذ احد الاطراف التزامه ايا كان السبب في ذلك فان التزام الطرف الاخر سيكون من دون سبب (مشار اليه في كاسان المقال السابق في المجلة الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ١٦٧)

التزامه هذا او الغرض المباشر الذى يقصده من وراء التزامه هو التزام المشتري بدفع الثمن ، ونفس الامر نجده بصورة عكسية حيث ان سببا لالتزام المشترى بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية .

٤٨ — وقد تعرضت هذه النظرية لنقد شديد من جانب بعض الفقه امثال أرنست[١] ولوران[٢] وبلانيول[٣] ، هذا الاخير الذى قال عنها بأنها غير صحيحة وغير ذات فائدة .

الا انه بالرغم من هذا النقد ، فان كابيتان قد دافع عنها واعتبر السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده[٤] او بمعنى اخر ، ان السبب القصدى ، اى الغرض المباشر الذى قصد اليه احد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الاخر بالذات .

ولكننا نعتقد ان ما ذهب اليه كابيتان بخصوص السبب لا يصلح لكى يكون اساسا للفسخ ايا كان معناه ، وجود الالتزام او تنفيذه .

فاذا قلنا ان التزام احد المتعاقدين يعتبر سببا لالتزام المتعاقد الاخر فان عدم وجود هذا الالتزام سيؤدى الى ابطال العقد ، على اساس ان عدم وجود السبب سيجعل العقد "كأن لم يكن اى معدوما" ، فى حين ان عدم التنفيذ لا يمكن ان يؤدى الى ذلك ، لان السبب موجود بوجود العقد .[٥]

ومن جهة اخرى اذا اردنا القول بان التزام احد الاطراف يكون سببا لالتزام

---

(١) وهو فقيه بلجيكى ، حيث ان السبب فى النظرية التقليدية ليس ركنا مميزا فهو يختلط اما بالمحل فى العقود الملزمة للجانبين واما بالرضا فى عقد التبرع — انظر مقالته فى مجلة :-

"Bibliothéque du jurisconsulte et du publicite" 1826

(٢) لوران جـ ١٦ فقرة ١١١ .

(٣) الجزء الثانى فقرة ١٠٣٧ — فقرة ١٠٣٩ — وفى نفس المعنى ايضا بودرى لاكنتري وبارد جـ ٢ فقرة ٩٠٢ .

(٤) هذا وقد كان دفاع كابيتان عن نظريته ، مستندا الى وجود نوع من الارتباط بين نظريات الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ، وتحمل التبعية ، وان هذه النظريات جميعها ، لا يمكن ان تقوم الا على اساس ان السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، (انظر مؤلفه فى السبب فقرة ١٨ وما بعدها) .

(٥) فى هذا الصدد يقول تمبال Timbal بانه يجب التمييز بين تكوين العقد وبين تنفيذه فغياب السبب فى تكوين العقد يكون عيبا "اساسيا او اصليا" يؤدى الى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، اما فى حالة غيابه اثناء التنفيذ فان ذلك لا يؤثر على العقد ، لان عدم التنفيذ يكون عملا لاحقا " مشار اليه عند موري انظر رسالته

الطرف الاخر ،فان العقد الملزم للجانبين يظهر وكأنه مصدر تلك الالتزامات ، فــلا يجوز بأى حال من الاحوال ، عندما لا يقوم المدين بالتنفيذ ان يصبح سبب التزام الدائن معدوما لان المصدر موجود ، اذ يظل المدين رغم ذلــك مرتبطا بالعقد ومسؤولا ـ امامــه بالتنفيذ .

وبناء على ما تقدم اذا التزم الدائن بالتنفيذ على اساس ان الطرف الاخــر ملتزم بناء على العقد ، فانه لا يستطيع ان يستند الى عدم وجود السبب في التزامـــه لكى لا يقوم بالتنفيذ ،عندما لم يقم المدين بالتنفيذ ، لانه يبقى دائما ملتزما [1] ولذلك لايمكن القول بان المدعى او الطالب سيكون التزامه دون سبب في جميع الاحوال.

٤٩ ـ نعتقد ان ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في كثير من احكامه [2] من تأسيــس نظرية الفسخ على نظرية السبب لم يكن منطقيا ، واذا كان كابيتان قد قال بان السبب المقصود كأساس للفسخ ، هو ذلك السبب الذي لا يوجد فقط كشرط للانعقاد بل ايضــا لبقائه في مرحلة التنفيذ فان ذلك لم يعد مقبولا من جانب من انتصر له ، وذلك لان الفقه ينظر الى السبب عند انشاء العقد ويعتبر ان وجوده في العقود الملزمة للجانبين هو وجود الالتزام المقابل لا تنفيذه ، فتأسيس الفسخ على فكرة السبب على هذا النحــو من شأنه الخلط بين عدم وجود الالتزام وعدم تنفيذه ،فالالتزامان المتقابلان موجودان

---

(١) يقول موری " بانه عند ما نقول بعدم وجود السبب ،فان معنى ذلك ان السبب اختفــى ولكن يجب القول بان السبب لم يتحقق وذلك بصورة مادية ويفرع على هذا القول بــأن

La cause n'est pas materialisée, qu'elle à été supprimer, l'enexé cution seul ne peut avoir cette force.

اما الاساتذة بلانيول وريبير وبولنجيه فيقولون :ـ

"On comprend mal comment l'absence de cause peut entraîner non pas la nullité, mais sa résolution "Traité de droit civil T II nº 522.

"Planiol -note sous cassation. 14 avril 1891.

D. 1891 - 1-329.

وفي نفس المعنى سالى اذ يقول :ـ

"Tant que l'une des oblegation à l'autre.pour équivallent, elle n'est pas donnée de cause juridique et, par conséq-uent il n'y a pas de raison pour ne pas exécuter le cont-

اذن فالسبب متحقق ، وليس معنى عدم اتنفيذ احدهما انهما لم يكونا موجودين . (١)

ثم ان تأسيس الفسخ على نظرية السبب من شانه ان يضيق بدون مبرر من نطاق الفسخ ، اذ من شأنه ان يقصر الفسخ على الفرض الذي يخل منه المتعاقد بالتزام يعتبر سببا لالتزام الطرف الاخر دون غيره من الالتزامات ، فمثلا في عقد الايجار لا يعتبر التزام المستاجر بعدم التاجير من الباطن سببا لالتزام الموجر وانما سبب التزام الموجر هو التزام المستاجر بدفع الاجرة ومع ذلك فاذا اخل المستأجر بذلك الالتزام واجر من الباطن جاز للموجر المطالبة بالفسخ . (٢)

واذا كان لنا ان نتساءل : كيف يمكن تفسير سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ ... ؟ فاذا اقمنا الفسخ على اساس عدم تحقق السبب لوجب على القاضي ان يقضي بابطال العقد لا بفسخه ، ولا تكون له سلطة بقبوله او رفضه ، والمعروف في القانون

(١) يقول بلانيول في تعليقه السالف الذكر بداللوز بان الالتزام غير المنفذ ليس هو بالتأكيد غير الموجود ، ولا يمكننا القول ايضا ان الالتزامات المدعى من من دون سبب "داللوز ١٨٩١-١-٣٢٩ - وفي نفس المعنى جوسران حيث يقول :

(Une obligation ne s'etaint pas du fait de son inexècution; bien que l'acheteur ne paie pas de prix, il n'est pas moins tenue de le payer et les obligations du vendeur conservent donc leur cause "Jossrand , 11, n'337 en not).

وفي نفس المعنى د. جميل الشرقاوي اذ يقول بان الفقه قد انتقد هذه الفكرة في الوقت الحاضر على اساس انها تقوم على تحديد غير سليم لمعنى السبب ، فالسبب بالنسبة للمتعاقد هو الغاية التي يستهدفها من تعاقد ، هذه الغاية هي ما تعهد به المتعاقد الاخر ، فتعهد الطرف الاخر ، لا تنفيذ تعهده ، هو مقصد التعاقد ، وهو سبب التزامه ، - كما ينتقدها من ناحية اخرى على اساس ان تخلف السبب يودي الى البطلان ولا يمكن الكلام عن البطلان (بطلان العقد) خصوصا في حالة عدم التنفيذ بخطأ المدين ، حيث يعتبر العقد باقيا ، ويقوم حق المتعاقد الدائن في الخيار بين طلب الفسخ وطلب الاجبار على التنفيذ ، ولا يتصور كما يقول الفقه ان يكون العقد قابلا للتنفيذ وقد تخلف سببه . (المرجع السابق ص ٤٠٢)- لذلك فهو يتجه الى الاخذ بفكرة الارتباط الذي يقوم عليه العقد الملزم للجانبين بين التصرفين المكونين له باعتباره نتيجة تترتب على السبب بمعنى الغاية ، ولكن هذا الارتباط يقوم مستقلا عن السبب بمعنى انه لو لم تترتب اي نتيجة على هذا الارتباط فاذن ذلك لا يقتضي ضرورة ربط هذه النتائج فنيا بالسبب " هذا الرأي قال به الاستاذ في مقالته بمجلة القانون والاقتصاد وموضوعها طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني يونية ١٩٦٤ في الخاتمة ص ٣٦٧، ٣٦٨" . في نفس المعنى البدراوي مصادر الالتزام ص ٥٣٥ واسماعيل غانم المصادر ص ٣٢٥ .

(٢) انظر بلانيول وريبر واسمان ج٦ فقرة ٤٢٨ ص ٥٧٦ واحكام النقض المشار اليها في هامش ص٥٧٦ و ص ٥٧٧ ، - السنهوري ج١ ص ٧٩٥ فقرة ٤٧٤ حشمت ابو ستيت مصادر

المصرى او الفرنسى ان الفسخ لا يقع بقوة القانون بمجرد حصول الاخلال بالالتزام العقدى بل لابد ان يتم اما عن طريق القضاء او عن طريق الاتفاق بناء على شرط فاسخ صريح ، وضرورة استصدار حكم قضائى منصوص عليها صراحة فى المادة ١١٨٤ من القانون الفرنسى ومستفاد ضمنا من نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى المصرى .

وتقوم ضرورة استصدار حكم بالفسخ على الاعتبارات الاتية :

ان القانون يعطى للقاضى سلطة تقديرية فى نظر طلب الفسخ فهو لا يوجب عليه الحكم به ولو تحقق له حصول الاخلال من المدين بل يجيز له ان يرفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .

وقد تيتضمن طلب الفسخ حالة من حالات عدم التنفيذ الجزئى او حالة من حالات التأخير فى التنفيذ افلا يستدعى الامر هنا تدخل القاضى واعمال سلطته الواسعة للحكم بالفسخ او عدم الحكم به (١) .

كذلك كما اسلفنا لا يكون فى حالة تخلف السبب اذا يبطل العقد بطلانا مطلقا ويجب على القاضى ان يقضى به من تلقاء نفسه كما تقضى بذلك قواعد البطلان .

٥٠ - ونصل فى النهاية الى القول ، بان ما ذهب اليه كابيتان فيما يتعلق بالسبب كاساس للفسخ (٢) لا يعتبر فى نظرنا مقبولا للاسباب التى سبق ان ذكرناها . نحن

= الالتزام جـ٢ فقرة ٥٨٢ ص ٤٧٢ ، سليمان مرقس نظرية العقد فقرة ٣٣٦ ص ٤١٦ ، عبد المنعم البدراوى النظرية العامة للالتزام جـ١ ص ٥٤٧ ، احكام النقض الاتية ، نقض مدنى مصرى ٨ يونية ١٩٤٤ ، مجموعة عمر جـ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ نقض مدنى فرنسى ٢٤ نوفمبر ١٨٧٥ ، داللوز ١٨٧٧ - ١ - ٢٢٩ ، داللوز الدورى ١٨٧٦ - ١ - ١٢٠٣٨٣ ديسمبر ١٨٧٦ داللوز ١٨٧٧ - ١ - ٢٢٩ ، عرائض اول ديسمبر ١٨٩٧ داللوز ١٨٩٨ - ١ - ٢٨٩ وتعليق بلانيول .

(١) يقول كابيتان انه من الممكن ان نتصور ان القاضى يملك سلطة تقديرية فى تقدير مدى صحة ادعائه الدائن ، ويقول ايضا فى الواقع تملك المحاكم سلطة تقديرية فى حالة عدم التنفيذ الجزئى " انظر مؤلفه فى السبب ص ٣٦٣ وما بعدها ، ص ٣٣٢ فقرة ١٥٤ ، واذا كان لنا ان نتساءل هل يستقيم القول عن السلطة التقديرية للقاضى فى جميع الاحوال عند اختفاء السبب ؟ وهل تتفق تلك السلطة فى نفس الوقت مع اثار البطلان الذى ينتج من عدم وجود السبب نفسه ، واخيرا نريد ان نفهم ماذا يريد كابيتان من كلامه عن السلطة التقديرية التى ذكرها فى الحالات السابقة .

(٢) ومن القائلين بتأسيس نظرية الفسخ على السبب فى الفقه المصرى ، حشمت ابو ستيت مصادر الالتزام فقرة ٣٧٣ ص ٣٤٠ ، عبد الحى حجازى فى بحثه السالف الذكر (علة

نسلم بضرورة وجود السبب كما اكدته النظرية التقليدية بمعنى ان يكون هو الغرض المباشر، على ان يكمل بالنظرية الحديثة التى تأخذ السبب بمعنى الباعث الدافع وتشترط فيه المشروعية [1] وجود السبب كركن من اركان العقد مثل الرضا والمحل ولكن ليس كأساس لنظرية الفسخ .

فاساس الفسخ فى رأينا شىء اخر يتسع لكل الحالات ويختفى فيه كل غموض وهو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين .

= العلوم القانونية السنة الاولى ص ١٤٣ـ١٤٤) عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٠ ، انظر فى عرض نظرية السبب ونقدها مارتى ورينو جـ٢ فقرة ١٩٠ ، ٢٨٤ ، ٣١١ ...

(١) انظر فى نفس المعنى حشمت ابو ستيت نظرية الالتزام سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٤٠ ص ٢٣٦ ، حلمى بهجت بدوى ص ١٧٢ ، ١٧٤ ، سليمان مرقس فقرة ١٦٤ ، عبد الحى حجازى مصادر الالتزام جـ١ ص ١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٧ ، عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام فقرة ٢١٤ ، ٢٣٠ ، ٢٣٣ ، ٢٣٥ عبد المنعم البدراوى جـ١ ص ٢٤١ فقرة ٢٥٤ الذى يقول بان غالبية الشراح المصريين فسروا السبب الموجود فى التقنين المدنى المصرى بالسبب الذى ذهب اليه كل من النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، وهذا على عكس ما ذكره الاستاذ السنهورى وهو واضع القانون ، الذى يرى بان التقنين المدنى المصرى قد اخذ فقط بالنظرية الحديثة التى تعتد بسبب العقد (الباعث ... الاول)

المطلب الثالـــث

نظرية التقابـــلـ ونظرية التـــوازن

LA THEORIE DE L'EQUIVALENCE— LA THEORIE DE L'EQUILIBRE

٥١ ــ بعدما تكلمنا عن السبب ، ورفضنا الاخذ به كأساس للفسخ ، يجدر بنا الان ان ننتقل الى الكلام عن نظريات اخرى كان لها تثير كبير على الفقه والشراح ، حيث اخـــذ بها البعض ونبذها البعض الاخر ، منها نظرية التقابل ، ونظرية التوازن .

فنظرية التقابل باعتبارها اساسا للنظرية العامة للفسخ ، كانت من ابداع الاستاذ مورى J.MAURY[1] وأن كانت فكرة التقابل قد ظهرت فى السابق على ايدى فقهـــاء القانون الطبيعي . الا ان الاستاذ مورى قد صاغ هذه الفكرة فى قالب خاص ، وقال بانهـــا هى الاساس الوحيد لنظرية الفسخ[2] . وقال ايضا بانه عندما يرتبط التزام باخر ثم لـــم ينفذ هذا الالتزام فانه يجب معرفة ما اذا كان الالتزام لم ينفذ بصفة كلية ، وفى نفـــس الوقت المقابل المطلوب ، او ان هذا الالتزام قد نفـذ بطريقة جزئية ، ومن ثم تطلب الامـــر معرفة ما اذا كان هذا الالتزام يعتبر الالتزام المقابل بالنسبة للالتزام الاخر او لا ، ويجيب مورى على ذلك بالقول " بانه اذا كان هناك اخلال للالتزام يعتبر مقابلا للالتزام الاخـــر سواء كان هذا الاخلال كليا او جزئيا ، فان الفسخ هنا يكون ضروريا ، هذا فى مرحلـــة تنفيذ الالتزامات ــ اما فى مرحلة تكوين العقد فان مفهوم التقابل يلتقى بمفهوم السبـــب ، فاذا لم يتحقق السبب فان ذلك يعنى عدم تحقق التقابل وبالتالى ضرورة تدخل القانـــون لاعمال اثاره .

٥٢ ــ ويقوم مفهوم التقابل عند مورى على اعتبار ذاتى محض une notion subjective essentiellement حيث يتحدد ذلك فى قوله بانه فى عقود المعارضة ، حيث تكون الفائدة محل قصد من جميع الاطراف ، نجد ان كل طرف يلتزم لكى يحصل علـــى المقابل ، ولا يعنى التقابل هنا قيام توازن مادى[3] وذلك لان قيمة التداول تعتمد علـــى الظواهر الذاتية او الشخصية الموســـة على قدرة الاستعمال . ويستطرد قائلا " بأن

(١) مورى نظرية التقابل فى الالتزامات رسالة من تولوز ١٩٢٠ جا فقرة٤ وما بعدها .

(٢) "Le fondement de l'aricle 1184 réside dans la notion d'équivalence appliquée à l'exécution comme elle l'est à la formation par la théorie de la cause "P 287".

(٣) مورى الرسالة السابقة جا ص ١٣ وما بعدها .

التقابل يكتسي شكلا ذا طابع اقتصادي ، وان المنافع المتفاوته ، والتي يظهر تفاوتها بوضوح سينعكس اثرها على التعامل وبالتالي على العقد . هذا من جهة ومن جهة اخرى قد تنصب رغبة احد الاطراف او نيته على موضوع الشيء الذي سيلتزم به في حين يوجد ثمة تباعد كبير بين قيمة هذا الشيء ومدى النية او الرغبة التي يمتلكها هذا الطرف، ولذلك فان القضاء لا يستطيع ان يتجاهل مثل هذه الحالات ومن ثم كان تدخله ضروريا لاعطاء الحل الملائم ، والذي يتجسد في تحديد التزام الدائن المقابل من الاتفاق والحكم بالفسخ عندما يؤدي عدم التنفيذ الى فصم عرى التقابل بينهما . (١)

ولكننا نعتقد ان ما ذهب اليه موري في الاخذ بفكرة التقابل كأساس للفسخ لم يضف اي جديد اليها ذهبت اليه النظريات السابقة كما انه لم يضف جديدا الى المفهوم الخاص للعقد الملزم للجانبين ، الذي يفترض التقابل بين الالتزامات كل من المتعاقدين ، صحيح ان هناك فائدة في تحديد او تقدير عدم التنفيذ الى جانب الدور الاكيد والضروري في بعض الاحيان للقضاء ، الا ان ذلك ليس بالطريقة التي ذهب اليها الاستاذ موري . واذا كانت دراسة الالتزام غير المنفذ في الكثرة الغالبة من الحالات تكفي لتحديد خطورة امتناع المدين واثره على موقف الدائن ، الا ان ضرورة اللجوء الى القضاء قد يشكل عنصرا جوهريا للوصول الى الحل الملائم ، لان عدم وجود التقابل بين الالتزامات نتيجة لاخلال المدين باحدها سيؤدي ذلك بالضرورة الى فسخ العقد دون اللجوء الى القضاء ، غير انه في اغلب الحالات وعلى الخصوص في حالة غياب الشرط الفاسخ الصريح نجد ان اللجوء الى القضاء قد يشكل عنصرا جوهريا للوصول الى الحل الملائم ، فالتقابل مطلوب وضروري بالنسبة للعقد الملزم للجانبين الا انه محصور اكثر من اللازم وضيق في نفس الوقت للاخذ به كأساس للفسخ .

واذا كان موري يرى في الاخذ بالتطبيق الواسع لنظريته في التقابل فاننا نرى ان ذلك غير مرغوب فيه على الدوام . لان امرا كهذا سيؤدي بنا الى عدم الوصول لحل صائب ومحدد لاسيما في المجال الاقتصادي ، وبصفة خاصة حول قيمة الاستعمال او قدرته "la valeur d'usage" (٢) .

---

(١) موري الرسالة السابقة ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٢) يرى موري اقامة هذا التقابل في كل العقود وفي كل الاحوال وليس فقط في العقود الملزمة للجانبين ، وعلى الخصوص في المجالات الاقتصادية وبناء على ذلك انتقدنا عمومية هذا المفهوم وذلك لان قيمة الاستعمال في نظرة مرتبطة بالتداول وتعتمد في نفس الوقت على الظواهر الذاتية او الشخصية .

٥٣ ـ اما نظرية التوازن "L'équilibre" فقد كانت من خلق الاستاذين بيكار وبرودوم "Picard et prudhomme"(١) ـ وتعتمد هذه النظرية في الاساس الذي ذهبت اليه على تحليل ركنين هامين هما : العلاقة القانونية والرابطة الارادية "Le rapport de droit - le lien de volonté" فالعلاقة القانونية او الرابطة القانونية لا تنظم الا عن طريق القانون ، وهي متصلة بمراكز محددة مثل عقد البيع وعقد الايجار وعقد الشركة الى جانب ذلك تحتوى على عناصر تتطابق مع طبيعتها فهي وجود قانوني خارج عن كل تطبيق واقعي وملموس .

اما الرابطة الادارية فهي تلك الرابطة التي تؤدى بالاطراف الى الخضوع للعلاقة القانونية التي اختاروها عن طريق اظهار ارادتهم المشتركة وتحتوى في نفس الوقت على علاقة شرعية القصد منها خلق مركز قانوني ذاتي .

ويرى الاستاذان بيكار وبيرودوم ان كل جانب من الجوانب السالفة الذكر يختلط بالاخر في الغالب من الاحيان ، واذا حدث تنافر بينهما ، فان على القضاء ان يتدخل ليغلب الجانب الموضوعي للعلاقة القانونية(٢) . ويريان بان الطبيعة الحقيقة للفسخ القضائي باعتباره جزاء يقوم على مخالفة المبادئ الجوهرية للعقد ، يعتمد اعتمادا كليا على وجود الاختلاف بين تلك الجوانب وتناسي في نفس الوقت على عمد العلاقة او الرابطة القانونية هذا ويقوم التحليل السابق الذى ذهب اليه الاستاذان على ما استخلص من بعض الاحكام القضائية ذات الصلة بهذا الشأن .

ومن هذه الاحكام ثلاثة انظمة ذات تطبيقات مختلفة وهي :ـ

اولا : عدم التنفيذ المتعلق بالتزام جوهري : ويعرف بيكار وبرودوم الالتزام الجوهري بانه كل ما هو ضروري لتكوين العقد ـ والعقد يحتوى في الاساس على التزامين جوهرين يكونان في حالة تقابل قانوني ـ وقد طالب الاستاذان باستخدام السبب لتحديد الالتزام الجوهري وقاما بتقسيم عدم التنفيذ المتعلق بالالتزام الجوهري الى قسمين :

الاول : عدم تنفيذ كلي للالتزام الجوهري ، وهو بالضرورة يؤدى الى الفسخ .

---

(١) Picard et prudhomme : De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations (Rev. trim - de droit civil 1912. P 61 et s.

(٢) في هذا الصدد يفترض بيكار وبرودوم وجود عقد ايجار يتضمن ان يصبح المستأجر مالكا للعين المؤجرة بعد ان يدفع الاجرة لفترات معينة ـ ويستخلص الاستاذان من

الثاني : عدم تنفيذ جزئي للالتزام الجوهري : وفيه اختلفت الاحكام القضائية كما يقول بيكار وبيرو دوم ، فمنها احكام ذهبت الى القول بانه اذا كان عدم التنفيذ قد ادى الى ازالة التوازن بين الالتزامين الجوهرين فان الفسخ يكون هنا حلا فعالا ، وثمة احكام اخرى ذهبت الى عكس ذلك حيث لم تقض بالفسخ بسبب ان عدم التنفيذ الجزئي لم يؤد الى ازالة التوازن بين الالتزامين الجوهريين ، ولكن فقط الى تارخ في العلاقة القانونية ذات المضمون الجوهري.

ثانيا : عدم التنفيذ المتعلق بالالتزامات التبعية :

والالتزامات التبعية كالالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان ، هي كل ما هو غير جوهري في العقد - والاصل فيها كما يقول بيكار وبيرودوم انها لا تكون سببا للفسخ ولا يمثل الاخلال بها عقبه حقيقية امام تحقيق الغاية العملية المقصود الوصول اليها من العقد .

ثالثا : الفسخ لمخالفة مبدأ حسن النية . فهو وسيلة فعالة " اى الفسخ " لحماية هذا المبدأ وقد نصت عليه صراحة المادة ١١٤٣ من القانون المدني الفرنسي ويطلقان عليه الالتزام العام بحسن النية ، ويقولان بأن القضاء الفرنسي كان يقضي دائما بالفسخ اذا حدث وكانت هناك مخالفة لهذا المبدأ لان تلك المخالفة لا يجدي فيها لا تعويض ولا تنفيذا متأخرا .(١)

٥٤ - ونصل في النهاية الى القول بان نظرية التوازن هذه تتشابه في الكثير منها مع نظرية التقابل ، وان كانت الاولى تتسم بطابع مادي بحت في حين تمتاز الاخرى بطابعها الذاتي المحض اذ من الضروري ضمان التوازن بين الادارات والمحافظة في نفس الوقت على التقابل بينهما وهذا ما يفسر المظهر الذي يكسو كلا من نظرية السبب ونظرية الفسخ

---

(١) يقول بيكار وبردوم ، بعد ان بينا أن التوازن يختلط بالسبب ، فان ايجاد معيار بسيط واكثر انضباطية لتطلعات العدالة ، ليس من السهل الوصول اليه . ويقولان عن الارادة المفترضة بانها عنصر لا يمكن ادراكه (غير محسوس) وانها ليست الا وهما او خرافة ، وان العقد الملزم للجانبين يتضمن بحسب طبيعته توازنا قانونيا وماديا بين الالتزامين الجوهريين ، فنظرية السبب تضمن التوازن القانوني في مجال التكوين ، والفسخ يؤكد التوازن المادي في مجال التنفيذ - وفي هذا الصدد يقول بلانيول بان يكون مخالفا للعدالة وحسن النية عندما يفقد العقد توازنه عن طريق عدم تنفيذ احد الاطراف لالتزامه وان فكرة التقابل ظهرت نتيجة لفكرة العدالة (ج٢ فقرة ٤٨١

فى هذا المجال - وهذا المظهر هو طبيعة العقد الملزم للجانبين وما يتضمنه من فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة الذى تتضمن تبريرا لكل الحالات السابقة .

= ومن الذين قالوا بنظرية التوازن وضرورة ارتباطها بفكرة العدالة وحسن النية الاستاذان مارتى ورينو وذلك عند استعراضهما للنظريات التى قيلت بصدد اساس الفسخ - من شرط فاسخ ضمنى - والسبب ومفهوم التقابل والتوازن ، ومفهوم العدالة التى نادى بها الاستاذ ريبر فى كتابه القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ٧٦ ص ١٣٢ وما بعدها وفى هذا الصدد يقول الاستاذان " بان ايجاد اساس عملى قاطع وثابت فى نفس الوقت شىء صعب فى مجال الفسخ - وذلك للعامل التاريخى الطويل الذى خضعت له تلك النظرية والتأثيرات الجانبية الكبيرة التى اثرت عليها - وفى نظرهما ان الفكرة الاكثر وضوحا والاكثر انضباطا هى فكرة حسن النية والعدالة التى تظهر فى التوازن "La bonne foi et l'equité qui s'expriment dans l'equilibre
د. اسماعيل غانم المصادر فقرة ١٦٣ ، العدالة التعاقدية

اما الاستاذ ريبر فلا يعتد الا فكرة (عدالة التعاقد) (L'ideé de justice contractuelle) التى تمثل فى نظره الاطار العام لكل النظريات التى قيلت بصدد اساس الفسخ - وفى هذا يقول بان الاوائل من شراح القانون المدنى قد استندوا الى مبدأ القوة التعاقدية الملزمة فى تفسير الفسخ مستعين فى ذلك بمبدأ سلطان الارادة ، وقد ابتدعوا نظرية الشرط الفاسخ الضمنى تطبيقا لنظرية السبب ومظهرا لمبدا التعادل فى الالتزامات التعاقدية ، واداة فنية لضمان التوازن فى العقد والوصول الى غايته عمليا ومن ثم تنفيذه بحسن نية ويدعم الاستاذ ريبر رأيه ببعض الاحكام القضائية منها (نقض ٢٩ نوفمبر ١٨٦٥ ، داللوز ٦٦ - ١ - ٢٧ - سيرى ٦٦ - ١ - ٢١) ومن القائلين ايضا بمفهوم العدالة كأساس للفسخ فى الفقه الفرنسى الاستاذ كاسان (انظر مقاله فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٥ فقرة ٤ ص ٤٦٩) وبلانيول ريبر بولنجيه جـ٢ فقرة ٥١٦ ، ومن الفقه المصرى الاستاذ عبد المنعم البدراوى انظر المصادر جـ١ ١٩٦٨ فقرة ٣٩٣ ص ٥٣٥ وهو يأخذ بفكرة

المطلـــب الرابـــع

نظريـــة استحالـــــة التنفيــــــــــذ

LA THEORIE DE L'IMPOSSIBLITE DE L'EXECUTION

٥٥ — لقد نادى بهذه النظرية كل من الاستاذين حلمى بهجت بدوى [١] ، وجميـــل الشرقاوى [٢] للاخذ بها كأساس صحيح للفسخ ،وان كانت تقترب من المفهوم الذى اعتمده القانون المدنى الالمانى فى تنظيمة للفسخ بين نصوصه [٣] . وفى هذا الصدد يقول الاستاذ حلمى بهجت بدوى " ان الفسخ للامتناع عن التنفيذ هو فسخ للاستحالة ايضا ، فالقاضى يقضى به على اثر تقديره ان تنفيذ الالتزام تنفيذا يحقق غرض الدائن قد اصبح على الوجه الدقيق مستحيلا والاستحالة قد تستخلص من مجرد عدم تنفيذ الالتزام فى ميعاده ، وهكذا يتبين الا فرق فى الطبيعة بين الفسخ لاستحالة التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ كلاهمـــا فسخ لاستحالة التنفيذ ومتى تبين القاضى هذه الاستحالة تعين عليه الحكم بالفسخ " .

اما استاذنا الدكتور جميل الشرقاوى [٤] فيذهب الى القول كما ورد فى رسالتـــه للبطلان (ص١٧٢ وما بعدها) " ان البحث فى كتابات الفقه عن الاساس الذى نحـــاول الكشف عنه لا يوصل الى نتيجة فى اغلب الاحيان لان الظاهر ان احدا من الفقهاء لم يضـــع المسألة بالوضوح التى وضعناها به ، اى لم يتوجه للكشف عن هذا الاساس الذى يرتبـــط وجود الفسخ بوجوده ويستبعد بانعدامه ، بل عرض الفقهاء الشروط التى يتوفر بها الحـــق فى طلب الفسخ من القضاء جاعلين لتقدير القاضى بعد ذلك مجالا واسعا فى النطـــــق بالفسخ او رفضه ، والامر بالتنفيذ مع التعويض او منح المدين اجلا لاتمام التنفيذ حسبمـــا يتبين له من ظروف كل طلب ، ويستطرد قائلا بان الشرط الذى يجمع عليه الفقه للقول بالفسخ هو وقوع عدم تنفيذ يعزى الى تقصير المدين ولكنه لم يجعل هذا الشرط مع ذلك اساســـا للفسخ بمعنى ان توفره يحتم القضاء به بل يرى ان سلطة القاضى فى التقدير باقية له ان ينطق

(١) نظرية العقد ١٩٤٣ (الكتاب الاول ، فقرة ٣٤٦، ٣٥٠، ٣٣٤ .

(٢) رسالة فى البطلان ١٩٥٣ طبعة جامعة القاهرة ١٩٥٦ ص١٦٨ وما بعدها وفقـرة ٥٩ وما بعدها ، ومصادر الالتزام طبعة ١٩٧٦ ص٢٨٨ وما بعدها .

(٣) انظر ما سبق ذكره عن القانون الالمانى فقرة ٣٠ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ، ويعترف الاستاذ ان احدا من الفقهاء الاخرين لم يصرح بجعـــل الاستحالة مناطا للفسخ — الا انه يستنتج من شرحهم لاحكامه ما يؤخذ من احساسهم بان استحالة التنفيذ هى اساسه ، وهو يشير فى هامش ص ١٧٤، ١٧٥ الى كـــل من بلانيول ، وبير بولانجيه جـ٢ فقرة ٥١٦، ٥٢١، وبلانيول فى تعليقة بداللوز ٢٩ — ١ — ١٨٩١ ، رسالة الالتزامات ص ١٩٥ ، وكابيتان فى السبب فقرة ١٤٧ ص ٢٠٩ .

بالفسخ اولا ينطق حسب تقديره للظروف • ويقول ان التسليم با ن القانون يعطى القاضي مثل السلطة التى يقول بها الفقه دون ان تكون هناك حدود توزع عمله بين توقيع الجـــزاء اى القضاء بالفسخ والامر بالتنفيذ لا يتفق مع وظيفة القاضي التى تقتصر فى القوانيـــن اللاتينية على تطبيق القواعد القانونية دون ان يتيح له ان يفرض تحكمه على المتقاضين • لان ترك تحديد حق ما للقاضي دون وضع ضوابط محددة له • يعتبر هدما للحق خصوصا • وان كل ما يدخل فى سلطة القاضي التقديرية يخرج مما تشمله رقابة محكمة النقض من اعمال • ويرى بانه لا يجوز ان تبرر السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي فـي النطق بالفسخ بانه يعتبر حارسا للعدالة • لان هذا القول يصح لتبرير الاستغناء عـــن وضع اى نص من النصوص فى جميع فروع القانون • ولذلك فهو يفضل ان يكون تلمـــس الضوابط التى توزع عمل القاضي بين الفسخ والامر بالتنفيذ هو فى الظروف التى تجبره على الاتجاه الى احدى الناحيتين فى قضائه مع تعذر الاتجاه الى الناحية الاخرى فى نفـــس الوقت • وعند تطبيق هذا الضابط فانه يبدو ان ما يجبر • القاضي على الامر بالتنفيـذ • هو عرض المدين للوفاء حالا وفاء محققا لغرض الدائن • اما ما يجبره على القضاء بالفسخ فهو تعذر التنفيذ واستحالته بحسب غرض الدائن • لانه لا يتصور عندئذ ان يستطـاع الامر بالتنفيذ •

ويصل فى النهاية الى القول بان البحث عن اساس للفسخ يكشف عن استحالـــة التنفيذ هى هذا الاساس • وتكون سلطة القاضي فى التقدير مع هذا الاساس غير منصبـــة على منح الفسخ او منعه • بل على تقدير وجود الاستحالة وعدم وجودها فان تبين لــــه وجودها التزم الحكم بالفسخ •

٥٦ ـ مما تقدم يبدو لنا ان الاستاذ حلمى بهجت بدوى لا يرى اية تفرقة فى الطبيعة بين الفسخ لاستحالة التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ كلاهما فسخ لاستحالة التنفيذ ومتـى تبين للقاضي ذلك تعين عليه الحكم بالفسخ • وهذا يعنى ان ليس ثمة تفرقة فى اسباب الاستحالة سواء كانت بقوة قاهرة (السبب الاجنبى) او بتقصير من المدين من حيث النتائج التى تترتب على ذلك • ومن حيث دور القاضي • فعمل القاضي واحد اذ له حق التقدير ايضا فى الاستحالة المترتبة عن السبب الاجنبى •

الى جانب ذلك يرى استاذنا الدكتور الشرقاوى بانه على القاضي فى الاستحالـة المترتبة على تقصير المدين ان يتلمس الضوابط الذى توزع عمله بين الفسخ والامر بالتنفيذ • وهو فى الظروف التى تجبره على الاتجاه الى الحكم بالفسخ • ولا تدع له مجالا للاختيار

بينه وبين الامر بالتنفيذ . وهو تهين استحالة تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد المقصر تنفيذا محققا لغرض الدائن .

وفيما يتعلق بالفسخ الاتفاقى يذهب الاستاذ جميل الشرقاوى فى هامش رقم ٢ص ١٧٦ من نفس الرسالة الى القول بانه فى حالة شرط الفسخ الصريح يعتبر هذا الشرط اتفاقا على تحديد معنى الاستحالة وان مجرد عدم التنفيذ بالشروط الواردة فى الاتفاق يترتب عليه استحالة التنفيذ كما قصده الاطراف وتفويت غرض الدائن " وهذا التحليل يجعل الاستحالة ايضا اساسا للفسخ ولو كان مصدره شرطا صريحا فى العقد " .

٥٦ - ولكننا نعتقد بالرغم مما تقدم ان الكلام فى الاستحالة وعلى الخصوص فى نطاق الفسخ القضائى وما يجره ذلك من سلطة تقديرية للقاضى . لا تعنى فى نظرنا سوى امتناع المدين بخطأ منه عن تنفيذ التزامه . وهذا يدخل ضمن الشروط الجوهرية والاساسية للمطالبة بالفسخ نحن نسلم كما ذهب الاستاذ بضرورة تقيد القاضى بضابط معين بين الفسخ عليه بالرغم من تمتعه بسلطة واسعة . وموجهة الى الاتجاه المطلوب بحسب ظروف الدعوى ذلك لانه من غير المعقول ان يتجه القاضى الى الحكم بالفسخ فى حين يكون التنفيذ ممكنا .

ولذلك فالاستحالة فى نظرنا وكما درج عليه الفقه هى عدم التنفيذ الناتج عن سبب اجنبى . وليس عدم التنفيذ بسبب من المدين . ونعتقد بانه اذا كانت كلمة استحالة مقبولة بصورة عامة فى نطاق الفسخ . وتمنح القاضى بصددها سلطة تقديرية . فقد لا تكون مقبوله فى نطاق الفسخ الاتفاقى . فالدائن هو الذى يملك زمام الامور . فله ان يطالب بالفسخ او يطالب بالتنفيذ بالرغم من شرط الفسخ الصريح . فالاصطلاح الذى يجب ان يستند اليه الدائن فى مطالبته بالفسخ هو امتناع المدين بخطأ منه عن القيام بالتنفيذ واذا اردنا ان نفاضل بين الاصطلاحين الاستحالة او الامتناع عن التنفيذ . فاننا نفضل ان يستند الدائن فى المطالبة بالفسخ او التمسك به بامتناع المدين الخاطئ عن القيام بتنفيذ التزامه . وهو احد الشروط الاساسية للمطالبة او التمسك بالفسخ .

والى جانب ذلك نجد للاستاذ الشرقاوى رأيا آخر فى كتابه مصادر الالتزام وفى مقاله له بمجلة القانون والاقتصاد يذهب(١) الى القول بان اساس الفسخ هو الارتباط بين

---

(١) مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٦ ص ٤٠٠ وما بعدها .. طبعة المحل والسبب فى التصرف القانونى يونية ١٩٦٤ ص ٦٢٨ الخاتمة .

التزامات الطرفين فى العقد الملزم للجانبين (١) . مقصرا الكلام فى كتابه مصادر الالتزام عن الاستحالة فى نطاق الفسخ القضائى فى ضوء ملاحظات على سلطة القاضى بالنسبة للفسخ ويحدد فى شروط طلب الفسخ شرطا اساسيا وهو ان يخل احد طرفى العقد بالتزامه .

وبناء على ذلك فاننا نعتقد ان فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين تعتبر فى نظرنا هى الاساس الصحيح للفسخ " لان طبيعة هذه العقود تتضمن هذا الارتباط " فاذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للاخر ان يطلب التحلل من التزامه بفسخ العقد .

٥٧ - فالعقد الملزم للجانبين (٢) ، يتضمن التزامات متبادلة بين اطرافه ، تكون مرتبطة ببعضها برباط متين ، ويستمر هذا الارتباط من بداية تكوين العقد حتى تنفيذه ففى المثال الخاص بعقد البيع باعتباره عقدا ملزما للجانبين . ينصب رضاء البائع على نقل الملكية اى ملكية الشئ الى المشترى ، الذى يلتزم فى المقابل عن طريق رضائه بدفع الثمن ، والعكس صحيح ، اذ ان المشترى قد رضى بدفع الثمن الى البائع فى مقابل ان يقوم هذا الاخير بنقل ملكية الشئ المبيع .

والمحل ايضا فى هذا العقد ضرورى ومطلوب اثناء تكوينه ، وبالذات محل الالتزام لانه يمثل الاداء المقابل للاداء الاخر ، فاذا انعدم هذا المحل ، فان هذا يعنى ان المحل الاخر لم يعد له من فائدة فى البقاء ، وهنا تأخذ نظرية السبب دورها ومقتضاه ان التزام احد الاطراف يعتبر سببا لالتزام الطرف الاخر ، اى بمعنى المقابل الذى يقصد اليه المتعاقد من التزامه .

وبعد ذلك يجب على طرفى العقد ان ينفذ كل منهما التزامه ، فالالتزامان اللذان نشأ من العقد نشأ بصورة متعادلة ومتقابلة ، وكل منهما مرتبط بالاخر ولهذا لابد ان يتم

---

(١) يمكننا ان نتصور ان الاستاذ الدكتور الشرقاوى يريد القول بان اساس الفسخ فكرة مركبة - الاساس القانونى للفسخ كجزاء (اى توقيع الفسخ كجزاء) هو استحالة تنفيذ الالتزام المطالب به تنفيذا محققا للغرض منه واساس سقوط الالتزام المقابل نتيجة للفسخ هو فكرة الارتباط بين الالتزامين فى العقد " وبالتالى تحقق الصورة كاملة لفسخ العقد .

(٢) يمكن تعريف العقد الملزم للجانبين بانه ذلك العقد الذى يلتزم فيه المتعاقدان كل منهما للاخر على سبيل التبادل " ونفس المعنى نجده فى المادة ١١٠٢ من القانون المدنى الفرنسى .. "

التنفيذ بصورة متوازنة ومتقابلة فاذا لم يقم احد الاطراف بالتنفيذ ، فان الطرف الاخر لا يكون ملزما بالقيام بالتنفيذ وبالتالي يستطيع ان يتمسك تجاه الاول بالدفع بعدم التنفيذ لو طالبه بالتنفيذ ،وله ايضا ان يلجأ للمطالبة بالفسخ نتيجة عدم التنفيذ ، لانه لا يمكن المحافظة على العقد طالما ان عدم تنفيذ احد الاطراف لالتزامه قد ادى الى تدميره تدميرا كاملا من الناحية الاقتصادية .

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بان فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين هي الاساس الصحيح للنظرية العامة للفسخ ، وهي فكرة سهلة وبسيطة ، تحوى في طياتها على كل المعاني المطلوبة وعلى كل ما يهدف اليه المتعاقد للوصول الى حقه .

٥٨ — فلسنا في حاجة الى تفسيرات اخرى ، مثل الشرط الفاسخ الضمني او نظرية السبب او التقابل او التوازن او العدالة او غيرها للوصول الى الاساس الفني المطلوب ، فالطبيعة الخاصة لهذا العقد اوحت للمشرع بان يمنح القاضي في النوع الخاص بالفسخ القضائي ، سلطات واسعة وكافية ليس فقط الاصدار الحكم بالفسخ ولكن لتقدير كل الظروف الموضوعية المحيطة بالحالة المعروضة امامه ، فله ان يمنح المدين مهلة بحسب الظروف وكذلك ان يرفض الفسخ في حالة ما اذا كان عدم التنفيذ قليل الاهمية بالنسبة الى مجموع الالتزام ، وله ايضا ان يمنح المدين تعويضا اذا تطلب الامر ذلك ،وله ان يقبل من المدين الوفاء اثناء نظر النزاع وحتى قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ .

كذلك اوحت تلك الطبيعة وما يتضمنه العقد من الارتباط بين الالتزامات المتقابلة بان يضع نصا خاصا يجيز فيه الفسخ الاتفاقي لهذا العقد ، حيث منح الاطراف الحق في ان يشترطوا فيه شرطا فاسخا صريحا ، يتم بمقتضاه فسخ العقد بارادة الدائن في حالة عدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ التزامه،ان الارتباط الذى يتضمنه العقد الملزم للجانبين يعتبر عنصرا اساسيا فيه فهو العمود الفقرى له فعلى اساسه يلتزم كل طرف تجاه الاخر ، وعلى اساسه ايضا يحق لكل طرف ان يطالب او ان يتمسك بالتحلل منه عن طريق الفسخ في حالة اخلال الطرف الاخر بالتزامه .

وفي هذا الصدد يقول الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى (١) ، بان الفسخ يعتبر

(١) طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني ، مقاله في مجلة القانون والاقتصاد يونيه ١٩٦٤ الخاتمة ص ٦٢٨، والهامش وانظر ايضا رسالته في البطلان نقرة ٥٩ .

بفكرة الارتباط بين الاثار النـاتجة عن التصرفات المكونة له •

فالفسخ كجزاء لا ينصب على التصرف القانوني • بل ينصب على الرابطة بين التصرفات التي يتكون منها العقد ويعني حلها " فالفسخ هو حل ارتباط العقد) •ويقول ايضا بان الفسخ يؤسس على ان تعذر تنفيذ الالتزام الناشئ عن احد التصرفات القانونية في العقد يؤدى الى ضرورة تحديد مصير الرابطة العقدية بعد انهيار احدى ناحيتي ارتكازها • وهو الالتزام الذى تعذر تنفيذه • وفى هذه الحالة يقضى بانحلال رابطة العقد اى بالفسخ كوسيلة لاعفاء الطرف الاخر مما التزم به • لان التزامه قام مرتبطا بما تعهد به الطرف الاخر •

ويفرع على ذلك القول بان الترابط بين الالتزامات الناشئة عن العقد لا يحتاج للقول بوجوده • الى ان تدوم الصلة بين الارادات الداخلة فى تكوين العقد • باعتبارهما تصرفات قانونية تلزم لصحتها شروط معينة • وبين الاثار المقصودة بهذه الارادات • بل من الممكن القول بان القانون اذ يشترط فى التصرف شروطا حتى يرتب عليه أثره فان استكمال هذه الشروط يؤدى الى ترتيب الاثر القانونى على الصورة التى قصد اليها المتصرف • وفى حالة العقد على الصورة التى ارادها كل من المتعاقدين اى ان اثار التصرفين اللذين تجمعهما رابطة العقد يقوم فيها على تساند (Interdépendence) سببه ان التزامات كل طرف كانت مقصد الطرف الاخر عند اتمام العقد • وعلى اساس ان القانون يرتب الاثار ويمسكها على هذه الصورة • مادام العقد قد نشأ بتصرفات صحيحة • ولا تقوم عندئذ حاجة الى ان يؤسس هذا التساند على قيام العقد باعتباره ارادات تستلزم فيها شروط معينة • ولا يجوز لذلك ان يربط بين زوال التساند بين الاثار • وتخلف شرط او اكثر من الشروط اللازمة فى هذه الارادات كمصدر للاثار القانونية • بالبحث عن اثر تنفيذ الالتزامات التى انتجها • باعتبارها مصادر لهذه الالتزامات لتحديد هذا الاثر من ناحية كمال عناصرها او نقصها لان فى هذا خلطا بين البطلان والفسخ ويصل فى النهاية الى القول بانه لا يصح ان يكون اساس الفسخ تخلف السبب• لان السبب عنصر للتصرف بمعنى الارادة • وانما يمكن القول بان التساند بين اثار التصرفات التى انعقد بها العقد يزول بعدم تنفيذ ما ترتب منها على عاتق احد الطرفين • فيترتب على ذلك اعفاء الطرف الاخر من التزاماته • اى ان الفسخ يفسر بفكرة التساند الا الارتباط بين الالتزامات •

هذا ونفس الاتجاه نجده عند الاستاذ السنهوري [1] بحيث يقول " باننا نوثر

(١) - الوسيط جـ١ اخر فقرة ٤٦٢ ص ٧٨٥ . ونفس المعنى نجده عند كل من دي باج - وجوسران . فدي باج يقول بان حق الفسخ يؤسس على فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين . وهو طابع خاص لتلك العقود ولا يمكن ان يكون في غيرها امثال العقد الملزم للجانبين غير التام او العقد الملزم لجانب واحد جـ ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٧٦٢ . اما جوسران فيقول (ان الفسخ ينظر اليه في ضوء ذلك الترابط بين الالتزامات التي تنشئ من عقد ملزم للجانبين جـ٢ فقرة ٧٣٨ ص ٢٠٩) ونفس المعنى ايضا لبليته الرسالة السابقة ص ٧٥ وما بعدها . وقارن حشمت ابو ستيت اذ يقول ان فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ليس لها من تعليل بغير فكرة السبب فقرة ٣٧٣ ص ٣٤٠ نظرية الالتزام ١٩٥٤ . اما الاستاذ حسن على الزنون فيذهب الى الاخذ بفكرة اتصال الرضا بالمحل . ويرى ان اساس حق الفسخ في الشريعة الاسلامية هو ركن الرضا ويستند في ذلك الى القول (باننا قلنا ان ركني العقد عند الفقهاء هو الرضا والمحل وانهم قالوا بوجوب قيام رابطة بين هذين الركنين فذكروا في تعريف العقد انه عبارة عن اتحاد القبول والايجاب اتحادا يظهر اثره في المعقود عليه اي - المحل - فلابد من ركن الرضا من ان يرتبط بركن العقد الثاني وهو المحل . وينصب عليه طيلة حياة الالتزام اي منذ نشوئه الى تنفيذه . فاذا ما انعدم الرضا ابتداء . بان لم يتفق الايجاب والقبول او لم يظهر اثره على المعقود عليه بان كان هالكا كان العقد باطلا . واذا ما توفر ركن الرضا عن نشوء الالتزام ولكنه لم يحدث اثره بان انعدمت الصلة التي كانت تربطه بالمحل او ظهر ان هذه الصلة كانت معيبة كان العقد مفسوخا او قابلا للفسخ على حسب الاحوال . ويقول ايضا بانه قد يعترض على ما نقول بان الرضا قد يتوافر عند نشوء الالتزام التعاقدي . وقد يكون مرتبطا بالمحل ارتباطا سليما ثم يعتري احد المتعاقدين عارض يعدم رضاه او يعيبه وقد عرفنا ان الجنون الطارئ على انعقاد العقد او اي عارض من عوارض الاهلية اللاحقة عن نشوء الرابطة التعاقدية لا تاثير لها على صحة هذه الرابطة التعاقدية اليس في هذا رد على ما نقول وتناقض مالا يستقيم معه الراي . ويرد على ذلك اي على هذا الاعتراض حسن على الزنون قائلا : ان الاعتراض السالف الظاهري لا سند له فنحن لا نقر ان لانعدام الرضا وتعيبه اثرا رجعيا يصيب العلاقات القانونية التي نشات صحيحة قبل انعدامه او تعيبه . ثم لا يلزم في انعدام الرضا او تعيبه انعدام الرابطة التي كانت تربط قبل هذا او ذاك بالمعقود عليه . فكما انه من الممكن ان نتصور انعدام هذه الرابطة دون ان يعتري الرضا ما يعدمه او يعيبه . فكذلك يمكن تصور انعدام الرضا دون ان تنعدم الرابطة التي كانت تربطه قبل ذلك بالمحل . لان الرضا الذي يشترط دوامه طيلة حياة العقد هو الرضا الذي ينصب على المعقود عليه . لان الرضا المجرد المكون من عنصري التمييز والاختيار . وقد وجد النوع الاول فوجد العقد . وانعدام النوع الثاني فلم ينعدم العقد او يطرأ عليه خلل . ولان الاصل بقاء ما كان على ما كان واليقين يزول بالشك . ويصل في النهاية الى القول - بانه بناء على النزعة التي ظهرت اثرها في لزوم ربط الرضا بالمحل حتى ينشأ العقد صحيحا ويحيا حياة مستقرا . فان المتعاقد لا يقتصر حقه على نشوء الاتفاق بل يتعداه الى واقعة الوفاء بما وعد به الطرف الاخر . وبعبارة فان قوة العقد لا تتولد من اتحاد ارادة الطرفين فقط بل من التحقق المادي لهذه الارادة ذلك هو الاساس القانوني الذي نقول به ونظنه اقرب الى الصواب واكثر دقة مما ذهب

ان نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين اذ ان طبيعة هذه العقود تقتضى ان يكون التزام احد المتعاقدين مرتبطـــا بالتزام المتعاقد الاخر • فيبدوا امرا طبيعيا وعادلا انه اذا لم يقم احد المتعاقديـــن بالتزامه • جاز للمتعاقد الاخر ان يوقف هو من جانبه تنفيذ ما فى ذمته من التزام وهـــذا هو الدافع بعدم التنفيذ او ان يتحلل نهائيا • من هذا الالتزام وهذا هو الفسخ •

= اليه الكثيرون من علماء الشريعة فى طرح فكرة العدالة او السبب • • انظر رسالتــه فى نظرية الفسخ فى القانون المدنى والشريعة الاسلامية ١٩٤٦ اما الاستاذ محمـــد

** المبحث الثانى **

طبيعـــــة الفســـــخ

LA NATEUR DE LA RESOLUTION

٥٩ - يعتبر الفسخ فى نظرنا من حيث الطبيعة ، جزاء لعدم تنفيذ الالتزامـــات فهو يضمن تنفيذ الالتزامات فى العقد الملزم للجانبين . واذا اعتبرنا الفسخ من حيــث الطبيعة نظاما للجزاء فان ذلك يعنى بحسب النظرية العامة للجزاء انه من النظام العــام اذ لا بد من وجوده كلما توافرت شروطه ، وذلك دون ان يتوقف هذا الوجود على ارادة الاطراف او تحكم القاضــى . (١)

غير اننا نعتقد ، بالرغم من التسليم بهذا الرأى بصفة عامه ، ان مفهــــوم الجزاء بالنسبه للفسخ ذو طبيعة خاصة ينفرد بها دون غيره وذلك للاعتبارات الاتية :-

اولا : الاعتبار التاريخى :

لقد سبق ان اسلفنا كيف كان الفسخ فى القانون الرومانى ، وقلنا بانه فـى عقد البيع كان يعتمد على ارادة الاطراف اما فى غيره من العقود كعقد الايجار والعقـــود غير المسماه فقد كان يتم عن طريق القضاء .

اما فى القانون الكنسى فقد تطور الامر ، واصبح الفسخ ينطبق على جميـــع العقود الملزمة للجانبين ، وهو قضائى بحسب الاصل مع ما يحمله هذا الامر من سلطــــة تقديرية للقاضى فيما يتعلق بنظر النزاع الذى امامه الى جانب انه يعتبر الاقدر على تكييف الظروف المحيطة بكل حالة ومن ثم الحكم بالفسخ او عدم الحكم به ، وتجدر الاشارة الى ان اهم الاعتبارات التى جعلت الفسخ فى القانون الكنسى فسخا قضائيا هى اعتبارات العدالة وحسن النية ، اما فى القانون الفرنسى فكما اشرنا فى حينه ، فان كل ما ذهب اليــــه كل من دوما وبوتييه والمحاكم هناك بصدد الفسخ قريب كل القرب من المفهوم الكنسى ، وان كانوا يركزون على الارادة الضمنية للاطراف ، الا ان ذلك لم يكن ليغير من جوهر ما ذهبو اليه .

وعندما جاء القانون المدنى الفرنسى الحالى كانت المادة ١١٨٤ الخاصــة بالفسخ . والفسخ فى هذه المادة هو فسخ قضائى بحسب الاصل وقد اوضحت فى فقراتهـــا الثلاث كيف يمكن الحصول على الفسخ ، وافترضت وجود شرط فاسخ ضمنى فى العقد الملزم

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى الرسالة السابقة فقرة ٦٠ ومـــا بعدها .

للجانبين يقوم على اعتبارات العدالة ، وقالت بان الفسخ لا يقع بقوة القانون ، وان الطرف المضرور له حق الخيار بين المطالبة بالتنفيذ او المطالبة بالفسخ ، وفي فقرتها الاخيـــرة قالت بانه لا بد من ان يطلب الفسخ عن طريق القضاء ، وان القضاء يجوز له ان يمنـــح المدين مهلة بحسب الظروف .

واذا عدنا للقانون المدني المصري فاننا نجد ان المادة ١٥٧ منه تقتـــرب كل الاقتراب من المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، وان كان المشرع المصـــري قد تجنب الكلام عن الشرط الفاسخ الضمني .

من ذلك يتبين ان الطبيعة الخاصة للفسخ باعتباره جزاء والتي تجســـدت في القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٨٤ والقانون المدني المصري في المادتيـــن ١٥٧ ، ١٥٨ اصبحت كذلك بمقتضى الاعتبار التاريخي ، بما يملكه الدائن من حـــق الخيار سواء في الفسخ القضائي او الفسخ الاتفاقي ، والسلطة الواسعة التي يملكها القضاء في تقدير ظروف الحكم بالفسخ وحق المدين في التنفيذ المتأخر حتى الحكم النهائـــي بالفسخ .

ثانيا : الاعتبار الفنـــي :

اذا كان اساس الفسخ في نظرنا هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلـة في العقد الملزم للجانبين فان فكرة الجزاء التي اشرنا اليها لابد ان ترتبط ارتباطـــا مباشرا بطبيعة ذلك العقد فلكي يقضى بالجزاء " جزاء الفسخ " لا بد من وجود خطـأ او تقصير من جانب المدين والا يفقد الجزاء كل قيمة له ، ويتفرع على ذلك انه لا يمكن قبـول الحكم بالفسخ في العقد الذي استحال تنفيذه بسبب القوة القاهرة او الحادث المفاجـــئ لعدم وجود التقصير او الخطأ . ولذلك كان ما يترتب على الاستحالة في القانون المدني انفساخا وليس فسخا . ويظهر ذلك في ان الفسخ لا يحدث تلقائيا ، سواء كان فسخـــا قضائيا او اتفاقيا . بل لا بد من ان يطلب او من اجراء يؤدي اليه – في الفسخ القضائـي لابد ان يصدر بحكم من القضاء ، وفي الفسخ الاتفاقي لابد ان يتمسك به الدائن – فـــي حين تؤدي الاستحالة الناتجة عن القوة القاهرة او الحادث الفجائي الى زوال العقـــد دون ان يكون هناك من ينشئه . (١)

---

(١) يعارض في هذا الصدد الاستاذ د . جميل الشرقاوي اعمال اي تفرقة بين الاستحالـة الناتجة عن خطأ صادر من المدين او الناتجة من القوة القاهرة ، او الحادث الفجائي بما دامت الاستحالة هي اساس الفسخ فلا محل لتلك التفرقة .. " ونعتقد بان فكرة = الارتباط بين الاساس وهي الاستحالة وبين طبيعة الفسخ باعتباره جزاء على المدين [illegible]

٦٠ ـ ونجد الى جانب ما تقدم ان ثمة ارتباطا ما بين طبيعة الفسخ باعتباره جزاء لا يفيد معنى العقاب وبين اساسه ، باعتباره الطبيعة الخاصة للعقد الملزم للجانبين وما يتضمن العقد من الارتباط بين التزاماته المتقابلة ، حيث يتجسد ذلك فى ان الحكم بالفسخ لا يكون الا اذا كان هناك تقصير او اخلال من جانب احد الاطراف بما التزم به .

وبصفة عامه ، اذا كان الفسخ يمثل الملجأ الاخير بالنسبة للدائن ، لانه انما تعاقد من اجل الحصول على الاداءات من طرف المتعاقد الاخر . فان حق الخيار يمنحه ميزة اللجوء الى اى منهما سواء فى المطالبة بالفسخ او المطالبة بالتنفيذ ، الا اذا ثبت له يقينا ان الاداء الموجود لدى المدين اصبح مستحيلا بفعل منه فلا مناص هنا من أن يطالب بالفسخ او بالتعويض .

والخيار بطبيعته يعنى ان لصاحب الحق ان يختار احد السبل التى يراها مفيده له ، فجميع السبل الممنوحة له تتساوى من الناحية المادية والقانونية ، غير انه بحسب نظرته وبحسب الظروف ، قد يكون فيها نوع من الاختلاف ، وهذا شأن الخيار بالنسبة للدائن ، اذ انه من المؤكد ان يكون لخياره بين الفسخ والتنفيذ نوع من الترتيب والتدرج على الاقل فى ذهنه ، بحيث يمثل الفسخ بالنسبة اليه وسيلة احتياطية لا يجوز اللجوء اليها الا بعد ان يصبح طريق المطالبة بالتنفيذ غير مجد او عقيما (١) .

والفسخ باعتباره جزاء يعتبر وسيلة فعاله لارغام المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، فحق الدائن فى اللجوء الى القضاء ، ومن ثم نظر النزاع امام القاضى الذى قد يرى بحسب الظروف امكان التنفيذ من قبل المدين حتى ولو بعد حين ، عندما يمنح هذا الاخير مهلة اضافية ملائمة تساعده على القيام بالتنفيذ . كل ذلك يعنى ان المطالبة بالفسخ تؤدى الى القيام بالتنفيذ بطريق غير مباشر وكذلك فى الفسخ الاتفاقى ، فعندما يشترط فى العقد ، اعتباره مفسوخا بارادة الدائن ، عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه فى الميعاد ، فان من شأن ذلك ان يثير لدى المدين رد فعل ما . اذ سيضع على عاتقه بانه اذا تأخر عن التنفيذ ، سيقوم الدائن بفسخ العقد دون ان يعوقه فى ذلك اى عائق ، ومن ثم سيضطر للقيام بالتنفيذ فى الميعاد ، وهكذا يمكن القول بان الفسخ

---

(١) قارن ليبريه "Lebret" ، حيث يقول بان حق الخيار الممنوح للدائن ما هو الا حق وهمى وليس بحقيقى ، لانه يصطدم بالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضى " انظر مقاله فى المجلة الانتقادية ١٩٢٤ فى الوقف وفسخ العقود ص ٦٠٣ وما بعدها .

باعتباره جزاء يعتبر وسيلة ضمان لتنفيذ العقد بطريق غير مباشر (١) .

"Une garantie de l'exécution indirectement

٦١ - ومن جهة اخرى اذا كان الفسخ نظاما للجزاء[٢] ، فان ذلك من شأنه ان يجعله وسيلة امن وضمان للدائن ، اذ المؤكد ان الدائن الذى يملك الحق فى المطالبة او التمسك بالفسخ يكون فى مركز افضل من غيره من الدائنين ، لان الفسخ سيؤدى الى اعادة الدائن الى الحال التى كان عليها قبل التعاقد ، فاذا لم يكن قد حصل على ما يرغبه ، ويتمناه ، فان ذلك لا يعنى انه سيصبح فى وضع مفقر وغير سليم ، ولهذا فانه اذا لم يكن قد نفذ التزامه ، فلن يخسر شيئا ، لان الاداء مسا زال باقيا عنده ، اما اذا قام بالتنفيذ فانه يملك الحق فى ان يسترد الاداء ، وذلك لان الفسخ يعتبر سببا للمفاضلة بين الدائنين عندما يتعرض الدائن لحالة الافلاس اوالاعسار التى قد يمر بها المدين ، وان كان الامر يختلف بحسب طبيعة محل الاداء المسترد .

ولذلك فان المطالبة بالفسخ او التمسك به من جانب الدائن من شأنه ان يجعله فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية فيسترد ما قدمه دون ان يشترك معه فيه دائن المدين ، لانّ الاداء الذى قدمه لا يدخل فى الذمة المالية للمدين التى هى محل قسمة الغرماء ، ويكون كذلك اذا نفذ المدين التزامه ، وهذا بعكس دعوى التنفيذ فانه يصبح فى هذه الحالة كبقية الدائنين ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء[٣] .

وقد يثار التساؤل حول طبيعة الحكم بالفسخ على المدين مع التعويض وطبيعة الحكم الصادر بالتعويض فقط بدلا من التنفيذ او الفسخ ... ؟

فلا شك ان المدين يعتبر مسؤولا عن عدم التنفيذ لو كان هذا المتسبب فيه ، فاذا حكم بالفسخ وحده او بالفسخ مع التعويض ، فان هذا لا يغير من طبيعة الحكم الصادر فى هذا الشأن فهو جزاء يوقع على المدين المخطىء .

(١) انظر فى هذا المعنى جوسران جـ٢ فقرة ٣٧٩ ، - لهليته الرسالة السابقة فى الفسخ القضائى ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) ومن القائلين ان الفسخ جزاء عدم التنفيذ دى باج جـ٢ فقرة ٨٧٥ ص ٧٨٧ وفقرة ٨٨٦ ص ٧٩٢ ، " اذ يقول : والفسخ جزاء عدم التنفيذ يترتب على ذلك نتيجتان تتعلقان بطبيعة الجزائية - الاولى ان الفسخ جزاء لا بد ان يصدر من القضاء هذا فى القانون الفرنسى والبلجيكى ، وان الفسخ دائما قضائى ، ويقول من جهة اخرى بانه اذا كان الفسخ جزاء لعدم التنفيذ الا انه مستمد من التفسير الحقيقى لارادة الاطراف ، وتتفق ايضا مع تفكيرهم ونيتهم المشتركة والمألوفة فى العقد الملزم للجانبين

أن الحكم الصادر بالتعويض قد يثير بعض الصعوبات بالنسبة للدائن وخاصة عند عدم حصوله على الاداء المقابل ، ومن ثم احلال التعويض مكانه ، فهل يعتبر الحكم الصادر فى هذه الحال جزاء يوقع على المدين ...؟ او انه مجرد وسيلة القصد منها اصلاح الضرر الذى أصاب الدائن ...؟ نحن نعتقد ان فكرة الجزاء هنا يقل دورها عما هى فى الفسخ ، فالمسؤولية العقديه تفترض قيام عقد اكتملت فيه جميع الاركان ، الا ان احد اطرافه لم يقم بالتنفيذ ، ثم ترتب عليه صدور حكم بالتعويض محل التنفيذ العينى - ولذلك كانت فكرة الجزاء فى الفسخ اكثر ظهورا منها فى التعويض (١) .

٦٢ - والخلاصة هى : لقد ثبت لنا بناء على الاعتبارات السابقة ان الفسخ من حيث طبيعته كجزاء له ارتباط مباشر مع الخاصية التى يمتاز بها العقد الملزم للجانبين وما يتضمنه من فكرة الارتباط بين التزاماته المتقابله التى تعتبر فى نظرنا اساسا له - وعليه فان مفهوم هذا الجزاء فى رأينا " جزاء الفسخ " يختلف عن الجزاء بمعناه العام الذى لا يجب ان يخضع لتحكم القاضى او الافراد ومن ثم وجوب تطبيقه كلما توافرت شروطه ، لذلك فهو جزاء لا يتعلق بالنظام العام الهدف منه اصلاح الضرر والعودة بالتعامل الى مساره الطبيعى • وقد بينا الاسباب والاعتبارات التى اعطت هذا المفهوم الطابع الخاص به واذا قلنا بغير ذلك فان مضمون الجزاء وحقيقة الفسخ سيتنافران ، ولا يمكن ان يحدث بينهما تقارب، وبالتالى ستصبح طبيعته شيئا اخر • ولا ننسى ان الفسخ ذو طبيعة منشئة سواء تم عن طريق القضاء او عن طريق الاتفاق بارادة الدائن ، وان عدم التنفيذ فى حد ذاته لا يفسخ العقد ، ولكن يجعله قابلا للفسخ • (٢)

ونضيف الى ما تقدم ان الدائن يملك الحق فى النزول سلفا عن التمسك بالفسخ سواء كان فى الفسخ القضائى او الفسخ الاتفاقى ، وهذا الحق فى النزول من

= الفسخ من شأنها ان تجعل الدائن فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية وذلك لانه يسترد ما اعطاه دون ان يشترك معه فيه بقية الدائن فهو ممتاز من هذه الناحية ، بعكس ما اذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد فانه يصبح فى هذه الحالة كبقية الدائنين ، ويشترك معه شركة غرماء فدعوى الفسخ والمقاصه والحق فى الحبس وحق الامتياز كل هذا تخدم غرضا عمليا وحيدا •

(١) ويختلف الامر فى للمسئولية التقصيرية ، حيث الحكم بالتعويض يحتوى على فكرة الجزاء بوضوح اذ الخطأ يمثل الاساس الذى يقوم عليه •

(٢) [illegible]

شأنه ان يدعم قولنا فى ان طبيعة الفسخ كجزاء تتضمن مفهوما خاصا يختلف عن المفهوم العام للجزاء (١) وهكذا نصل الى نهاية هذا الفصل ، حيث تم استعراض كل من

= فقرة ١٢٧١ ، اوبرى ورو جـ٤ ص ١٢٧ ، مودرى لاكنتزى دبارد جـ٢ فقرة ١٢١ ، بلانيول وريبير واسمان جـ٦ فقرة ٤٢٨ ، كولان وكابيتان جـ٢ فقرة ١٥٠٤ ، جوسران جـ٢ فقرة ٣٨٢ ، عبد الحى حجازى المقال السالف الذكر فقرة ١٤ .

(١) ويختلف معنا الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى فى هذا الخصوص الذى يقول " بان الاعتراف بتأثير قصد الاطراف على نوع الجزاء الى حد تبديل الجزاء الطبيعى بجزاء اخر افساح المجال للارادة فى نطاق لا يتمتع فيه بأى سلطان ، واذا كان للافراد ان يتجنبوا تطبيق اى جزاء عند وجوبه الى نوع اخر للجزاء بحسب ارادتهم او استبعاده بالتنازل مقدما عن التمسك باعماله وهو ما يرفضه الفقه صراحة وبالنسبة للبطلان على وجه الخصوص (فقرة ٣٩ ص ١٠٤ من رسالته فى البطلان السالف ذكرها وهو يشير فى هامش نفس الصفحة الى بوذا فى مقاله شرط التنازل عن البطلان المجلة الاقتصادية ١٩٣٤ " غير اننا نعتقد بانه اذا كان هذا الامر صحيحا فيما يتعلق بالبطلان وعليه يعتبر جزاء البطلان من النظام العام ، فانه قد لا يبدو صحيحا ان ينطبق ما اورده الاستاذ على الفسخ او التعويض باعتبار ان كل منهما جزاء . صحيح ان للجزاء معنى واسعا يدخل فيه كل صور رد الفعل الذى تستطيع الدولة ان تتدخل بشأنه لضمان تنفيذ قاعدة قانونية من عقوبة او بطلان او تعويض او فسخ الا انه يبدو لنا ان مفهوم النظام العام لا ينطبق على كل من الفسخ والتعويض لامور منها :

أولا : المعروف ان التعويض باعتباره جزاء العقد نتيجة عدم تنفيذ الالتزام يتكون من نوعين نوع يحل محل التنفيذ ولا يجتمع معه ، والنوع الاخر يجتمع مع التنفيذ العينى ويقصد به تعويض الدائن عن الضرر الذى اصابه نتيجة تأخر المدين فى التنفيذ ، ولكونه كذلك فانه يجوز للمتعاقدين ان يتفقا مقدما على مقدار التعويض سواء كان بحد ادنى او اقصى ، كما يجوز النزول عن هذا التعويض بناء على الضرر الذى حاق بالدائن ، اما بالنسبة للفسخ فاننا نجد نفس الامر . اذ يجوز للاطراف ان يتفقوا مقدما على النزول فى المطالبه او التمسك به ، كما يملك القاضى فى الفسخ القضائى سلطات تقديرية واسعة كما اسلفنا ، ويجوز للمدين ان يعطل الحكم بالفسخ فى القيام بتنفيذ التزامه قبل الحكم به .

ثانيا : عبارات ويجوز اللواتى وردن فى نصوص المواد المتعلقة بالتعويض (م ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢٢٣ ، ٢٢٤/٢ ، ٢٣١ " ونصوص المواد المتعلقة بالفسخ كل ذلك يدل دلاله واضحه على ما نقول ، ولذلك فالجزاء فى كل من الفسخ والتعويض ليس من النظام العام ، وهذا كله عكس البطلان . اذ ان شروطه موضوعه سلفا من قبل القانون ولا يجوز مخالفته كشرط المحل والسبب والرضا والشكل اذا تطلبه القانون ، اذ لا يتصور ابدا ان يتفق الاطراف على النزول مقدما عن احد هذه الشروط ، وكذلك لا يملك القاضى اى سلطة تقديرية فى هذا الشأن ولهذا لابد من توافر جميع الشروط التى وضعها القانون والا اصبح العقد باطلا .

ثالثا : نجد ان جزاء البطلان يقتصر فقط عند تخلف اركان العقد او شرط من شروط صحته ، اى اثناء تكوين العقد فى حين نجد ان جزاء الفسخ ...

اساس وطبيعة الفسخ وتنتقل الان الى الفصل التالى الذى يدور حول مقارنة الفسخ ببعض الانظمة .

= على التعامل ، فجزاء البطلان فى نظرنا هو الذى ينصرف اليه معنى الجزاء بالمعنى العام ، واذا قلنا بان جزاء الفسخ لا يخضع لتحكم القاضى ولا الافراد بل يجب ان يطبق بمجرد توافر شروطه ، اصبح الفسخ يحدث تلقائيا . او بقوة القانون دون تدخل احد طالما ان شروطه قد توافرت ، وهذا على خلاف ما ذهب اليه القانون فى تنظيمه للفسخ ، لكنه فى اعتقادنا ينطبق على البطلان فقط . وهذا ما ذهب اليه المشرع اذ نجد بان النصوص التى اوردها فى كل من الفسخ او التعويض هى نصوص مكمله لارادة الافراد فى حين نجد ان النصوص الخاصة بالبطلان نصوص

** الفصـل الثالـــث **

مقارنة الفسخ ببعـض الانظمـــــــــة

يجب حتى تكتمل دراستنا لتعريف الفسخ وتحديد ماهيته ، ان تعالج فـــي النهاية بعض الانظمة التى قد تتشابه ، او قد تختلف معه من بعيد او من قريب ، وهذا بعد ان تكلمنا فى البداية عن تاريخ الفسخ ، ثم عن اساسه وطبيعته ، رامين من ذلك الى اعطاء صورة شاملة وواضحة على الفسخ فى جميع جوانبه .

ولكننا فى نفس الوقت لن نستطيع ان نقارن هذا النظام (الفسخ) بكـــل انواع الانظمة التى قد تتشابه او تختلف معه ويكفينا استعراض بعضها مع اعطاء صورة موجزة عنها مع مدى تقاربها او تباعدها .

وسيقتصر الكلام على الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ، الفسخ والبطـــلان ، الفسخ والوقف ، الفسخ ودعوى الضمان .

** المبحث الاول **

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ

EXCEPTION D'INEXECUTION
EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

٦٣ - يراد بالدفع بعدم التنفيذ ، امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه عند عدم قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به ، المادة ١٦١ من التقنين المدنى ، والذى دعانا الى القيام بالمقارنة بينه وبين الفسخ ، هو اشتراكهما فى الاساس الا وهو فكرة الارتباط من الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين ، هذا العقد ينشئ التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين ، ومن ثم حق كل واحد منهما فى ان يباشر تجاه الاخر من الوسائل الممكنة لاتمام تنفيذ العقد يضاف الى ذلك ان التقنين المدنى المصرى الجديد قد اشار الى الدفع بعدم التنفيذ فى الجزء الخاص بانحلال العقد مما يوحى ان بينهما نوعا من التقارب حيث ان كلا من الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ينشأ من حالة عدم التنفيذ فى العقد الملزم للجانبين " .

الا ان ذلك لا يمكن ان ينسينا ان بينهما بعض الفروق .(١)

الفرق الاول : يتمثل فى ان الدفع بعدم التنفيذ يحمل من الاثر اقل مما يحمله الفسخ ، فبدلا من ان يلجأ الدائن الى المطالبة بالفسخ فى حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه لكي يتحلل بذلك من تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام يستطيع ان يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه ، وكذلك اذا اراد المدين ان يجبر دائنه على القيام بتنفيذ الالتزام الذى على عاتقه بمقتضى العقد رغبة منه فى عدم القضاء نهائيا

---

(١) انظر فى الدفع بعدم التنفيذ كاسان رسالته من باريس سنة ١٩١٤ ، سالى فى مقاله الامتناع عن الوفاء بسبب عدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٣ ، رينو فى الدفع بعدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ ، صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ ، بلانيول وريبير واسمان جـ٦ فقرة ٤٣٨ ص ٥٩٥ ، كابيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعدها لبليته الرسالة السابقة فقرة ٢٩ ص ٦٤ ، السنهورى جـ١ فقرة ٩٤٢ ص ٨٢٥ ، دى باج ، جـ٢ فقرة ٨٨١ ص ٧١١ ، بودرى لاكنتري وبارد جـ٢ فقرة ٩٦٤ .

على العقد ، يستطيع ان يمتنع موقتا عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الاخر الذى تقدم الى القضاء مطالبا اياه التنفيذ ، بتنفيذ التزامه . (١)

الفرق الثانى : يتجسد فى انه لا ضرورة للاعذار فى حالة الدفع بعدم التنفيذ ، وهذا على خلاف الفسخ ، اذ ان الاعذار واجب قبل المطالبة او التمسك بالفسخ ، وان كان يقال ان امتناع المتمسك عن التنفيذ يعتبر فى حد ذاته اعذارا كافيا للمتعاقد الاخر لكى يقوم بتنفيذ الالتزام الذى يتحمل به بمقتضى العقد .

٦٤ — نجد ايضا ان الدفع بعدم التنفيذ موكول تقديره الى المتعاقد الذى يتمسك به وهذا بخلاف الفسخ الذى يكون فى نوع منه موكولا تقديره الى القاضى ، (الفسخ القضائى) وفى النوع الاخر موكولا تقديره الى الدائن (فى الفسخ الاتفاقى) والسبب فى ذلك ان الدفع اقل خطرا من الفسخ ، اذ يقتصر فقط على وقف التنفيذ دون ان يؤدى الى ازالة العقد الا انه قد يوكل امر الدفع فى النهاية الى القضاء وذلك عن طريق قيام المتعاقد الاخر برفع دعوى التنفيذ على المتمسك بالدفع لتقدير ما اذا كان هذا المتمسك على حق اولا ، وهذا التقدير موكول الى القاضى ولذلك فان الدفع بحسب طبيعة يجعل المتمسك به فى غير حاجة الى رفع دعوى ، ولكن هو الذى ترفع عليه الدعوى ، فيتمسك حينئذ بالدفع .

ونصل الى الفرق الاخير بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ، وهو ان الدفع بعدم التنفيذ ما هو الا علاج موقت يستخدمه المتعاقد الضرور فى مواجهة الطرف الاخر المخل بالتزامه عندما يقوم هذا الاخير برفع دعوى التنفيذ عليه ، اما الفسخ فانه يؤدى الى خلق وضع محدد ونهائى عن طريق التخلص بصفة كاملة من جميع الالتزامات .

٦٥ — والخلاصة هى انه اذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدى الى حل المشكل الذى قد يطرأ على العقد من جراء عدم التنفيذ من جانب احد الاطراف لكونه مجرد علاج موقت ، الا انه من المسلم به ان هذا الدفع يتضمن فوائد اكيده بخلاف الفسخ ،

---

(١) يستعمل الفرنسيون عبارة التنفيذ مثل بمثل "Exécution trait pour trait" وهو منقول عن تعبير المانى مشهور ، والجدير بالذكر ان القانـون

فهو يؤدي الى الوقف الموقت للعقد ، دون ان يقضي عليه الى جانب خضوعه لاجراءات اقل صرامة ، تجعله اقل خطرا منه ، وكل ذلك من شأنه ان يفيد الدائن ، اما الفسخ فانه يؤدي الى فقدان الامال التى كان يرجوها الدائن من ابرام العقد ، وما عليه بعد ذلك الا ان يبحث عن متعاقد اخر لكي يبرم معه عقدا جديدا يحقق له الهدف الذى كان يبتغيه من العقد الاول المفسوخ .

ولا شك فى ان المطالبة بالفسخ قد تشكل ضغطا على المدين لحمله على التنفيذ كما سبق ان قلنا الا ان اثار هذا الضغط قد لا يؤدي الى التنفيذ ، ولكن قد تؤدي الى ازالة العقد . اما الدفع بعدم التنفيذ فهو وسيلة ضغط اكثر فاعلية من الفسخ من اجل القيام بالتنفيذ وضمان من ضماناته الى جانب ذلك يحقق المساواة والعدالة بين طرفى العقد ، حتى لا يجد احدهما نفسه مضطرا الى تنفيذ العقد فى حين ان الطرف الاخر لا يقوم بتنفيذه . وهو فى النهاية لا يؤدي الى ازالة العقد بل يؤدي غالبا الى التنفيذ .

اما اذا تعذر القيام بالتنفيذ فعليا ، فان التمسك بالدفع سيضطر فى النهاية الى قبول ازالة العقد على اعتبار ان الدفع بعدم التنفيذ يمثل فى هذه الحالة مقدمة لتلك الازالة .

** المبحث الثانـــي **
الفســخ والبطـــــلان

LA RESOLUTION ET LA NULLITE

٦٦ — لقد تبين مما تقدم عند الكلام عن الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ان ثمــة تقاربا بينهما ويتجسد ذلك في الاساس من جهة وفي سبب كل منهما من جهــة ثانية اذ الاساس هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين .

وان سبب كل منهما هو عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ورغــم ذلك فهما يختلفان من حيث طريقة عمل كل منهما والغاية المقصود الوصول اليها . ونحن الان اذ ننتقل الى المقارنة بين الفسخ والبطلان ، انما نتناول نظاما لا نزاع في قيامــه نظاما يقصد به تحقيق ابرام التصرفات القانونية والعقود ابراما صحيحا وفقا ما يتطلبــه القانون .

والبطلان هو الجزاء القانوني الذي يترتب على تخلف ركن من اركان العقد او عدم استيفاء تلك الاركان لشروط صحتها — او يترتب على نص في القانون وقد تضمــن القانون المدني عدة نصوص خاصة به تبدأ من نص المادة ١٣٨ الى نص المادة ١١٤ في فصــل خاص سماه بالبطلان وذلك ضمن اطار اركان العقد .

وقبل الدخول في بيان اوجه الشبه والاختلاف بين الفسخ والبطلان يجدر بنا ان نتكلم قليلا عن البطلان حتى تكون الصورة امامنا واضحة لاعمال التفرقة بينه وبيــــن الفسخ (1) دون ان ننسى ان اساس البطلان هو اما عيب في العقد او التصرف القانوني واما للوصول الى هدف يرمي اليه المشرع من وراء تقدير البطلان اما اساس الفسخ (في نظرنا) فهو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين .

٦٧ — البطلان نوعان مطلق ونسبي ، وان كان التقنين المدني قد تجنب الكـــلام

(1) ما يدعونا للمقارنة بينهما هو اتجاه بعض الفقه الى نزعة التقريب بينهما ، فكل مــن جوسران ودي باج يدرسان الفسخ والبطلان في نظرية عامة في حل العقود ، وكل من بلانيول وريبير وبولانجيه يقربان بينهما على اساس الاثر الرجعي لكل منهما ، كذلك اتجاه بعض الفقه امثال كابيتان وما تابعه يرى في السبب اساسا للفسخ مع ملاحظــة ان البطلان قد يقوم لاسباب تتصل بالسبب . (انظر في المقارنة بين الفسخ والبطلان استاذنا الدكتور الشرقاوي . رسالته في البطلان ١٩٥٣ فقرة ٥٩ وما بعدهـــا

صراحة عن هذه التفرقة ، وهذا يدل على ان مسلك المشرع المصرى وفق الاتجاه الحديث قد اتجه الى وحدة البطلان من حيث الجوهر والطبيعة[1] . الا ان الاستاذ السنهورى[2] يرى بأن ارجاع انواع البطلان كلها الى البطلان المطلق اذ كان يرضى المنطق القانوني ، فهو لا يرضى الصياغة الفنية لنظرية البطلان ، وما تواجهه من حالات متغيرة تقتضى شيئا من التنوع ، والاولى من ناحية الصياغة المحضة العودة الى التقسيم الثنائى فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ، او باطلا بطلانا نسبيا او كما يقول التقنين المدنى الجديد يكون العقد باطلا او قابلا للابطال.

٦٨ — وبصدد المقارنة بين الفسخ والبطلان يذهب الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى[3] ، الى القول بان وظيفة البطلان مراقبه الارادة التى يقصد بها ايجاد الاثار القانونية للتصرف القانونى ، من ناحية موافقتها الاوامر القانون ، ويقصد تحقيق غايته التى رمى اليها من اصدار هذه الاوامر ، اى ان البطلان يحمى غاية القانون عن طريق مطابقة الغايات الفردية عليها . فاذا كانت مخالفة لغايته اهملت الارادة الفردية ونفذت ارادة القانون عن طريق اعتبار الارادة الفردية غير قادرة على تحقيق ما يقصد بها من اثار ، ووظيفة البطلان تبدو فى مرحلة انشاء التصرف وايجاد الالتزامات

---

(١) يقول استاذنا الدكتور جميل الشرقاوى ،بان الصورة المنطقية للبطلان هى صورة البطلان المطلق كما يحددها الفقه ،اى البطلان الذى يعنى انعدام الوجود القانوني للارادة (التصرف القانوني) وبالتالى عدم ترتيب اى اثر مما تقصد اليه هذه الارادة ولذلك فان الدفاع عن وحدة البطلان تقتضى نفى ما يقال من نسبية البطلان فى احوال البطلان النسبى ، وذلك ينفى ما يعزى الى التصرف الباطل نسبيا من وجود موقت قبل الحكم ببطلانه ، وابراز ما بين نوعى البطلان من اتحاد فى اثرهما على التصرف الباطل مع ملاحظة ان الاستاذ الدكتور يرى فى البطلان وصفا للتصرف المعيب اى للارادة المخالفة لشرط القانون (مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٦ ص ٢٢٢) .

(٢) السنهورى — الوسيط ج١ ص ٥٣٨ .

ويقول الاساتذة بلانيول وريبير واسمان فى مطولهم العملى الجزء السادس فقرة ٢٨٧ ص ٣٦٩ بان :

"La doctrine classique distingue deux catigories de nulités: les nulités absolues et les nulités relatives pour les caractériser elle tien compte encore de l'antique distinction dés certains auteurs ont compris la nullité absolue à peu prés comme l'inexistance.

التى تترتب عليه ، اما دور الفسخ ففى مرحلة تالية بعد ان تنشأ الالتزامات عن التصرفات قانونية صحيحة ، وعندما تدخل هذه التصرفات فى طور التنفيذ (وذلك فى اطار تصرفات تدخل فى ايجاد العقد) .

والفسخ لا يعمل عن طريق منع او ازالة اثار التصرف الذى يخالف قواعد القانون بل يقتصر على هدم العقد كوسيلة لانقضاء التزام الطرف الاخر الذى استحال الوفاء له بمقابل التزامه ، فهو يعمل عن طريق انقضاء التزامات نشأت صحيحة لا منع نشوئها منذ البداية كما يعمل البطلان .

ونستخلص مما تقدم ومما اوردناه فى الفسخ بان ثمة ثلاث فروق اساسية بين الفسخ من جهة وبين البطلان ، وان كان الفرق الثالث ، محل تشابها كبيرا بينهما .

اول هذه الفروق : من حيث الاساس ، فاساس الفسخ بالنسبة اليهما هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، فى حين يكون اساس البطلان هو عيب فى العقد او فى التصرف القانونى (1) .

والفرق الثانى : يتحدد فى انه يجوز فى البطلان المطلق لكل ذى مصلحة ان يتقدم للتمسك به ، فى حين لا يجوز فى الفسخ الا لصاحب المصلحة فقط ان يتمسك به ، اى للطرف المضرور دون غيره ، ولا يملك القاضى فى البطلان المطلق ايه سلطة تقديرية للحكم به او لعدم الحكم به بل يجب عليه حين العلم به ان يقضى به مباشرة بينما فى النوع الخاص بالفسخ القضائى وبعض احوال الفسخ الاتفاقى يملك القاضى سلطات تقديرية للحكم به او بعدم الحكم به . وم ثم يكون الحكم بالفسخ حكما منشئا اما الحكم بالبطلان فهو حكم كاشف .

وتتقادم دعوى الفسخ بالمده العادية لتقادم الحقوق والالتزامات ، اما البطلان فله مدد خاصة بكل نوع منه ، ففى البطلان المطلق خمسة عشر سنة (2) ، اما

(1) د . جميل الشرقاوى يقول بصدد اساس البطلان ، بانه عيب فى التصرف على صورة - تجعله غير قادر على انتاج اثاره - المرجع السابق فقرة ٢٦ .
(2) كان الفقه التقليدى فى مصر وفرنسا يأخذ برأى يرى فيه أن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم ، لانه عقد عدم ولا ينقلب وجودا مهما مضى الزمن ، ولكن القضاء فى فرنسا قدموا من جانب الفقه الحديث استقى على اخضاع دعوى البطلان المطلق للتقادم العادى شأنه شأن سائر الدعاوى ، وهذا ما اتجه اليه المشرع المصرى

فى البطلان النسبى ، فان الدعوى الخاصة به تسقط فى جميع الاحوال بخمسة عشر سنة من وقت ابرام العقد ، او بمضى ثلاث سنوات من زوال عيب نقص الاهلية او الغلط او التدليس او الاكراه ، اما الاستغلال فتسقط دعواه بمضى سنة من يوم ابرام العقد .

٦٩ ـ والفرق الثالث : من ناحية الاثار " وهو ليس فرقا فى نظرنا وان كان تشابهها .

فاثار الفسخ حددتها المادة ١٦٠ من القانون المدنى التى تقول " بانه اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

وهذا يعنى ان الفسخ " Résolution " فى القانون المدنى المصرى من حيث الاصل فسخ ذو اثر رجعى " Effet retrogative " اذ يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد " Retablissement le statut quant " غير ان ذلك لا ينطبق على العقد الزمنى كالايجار وعقد العمل لان طبيعة هذه العقود تستعصى على هذا الاثر ولذلك يطلق على هذا النوع فى حالة الاخلال به لفظ الانهاء " Résiliation "(١) .

لكن استاذنا الدكتور الشرقاوى(٢) يرى عكس ذلك اذ الاصل عنده ان الفسخ

---

(١) سنتكلم عن ذلك بالتفصيل فى الفصل الخاص باثار الفسخ فى نهاية هذا البحث .
(٢) يلخص استاذنا الدكتور الشرقاوى الفروق بين البطلان والفسخ فيما يأتى :ـ

اولا : الفسخ جزاء اساسه " استحالة التنفيذ " وينصب على العقد اى الرابطة بين التصرفات فيحلها ويرفع اللزوم عن اثار هذه التصرفات ليقتضى التزام الطرف الاخر برجوعه فيه ، اما البطلان فوصفا اساسه عيب التصرف ، وينصب البطلان على التصرف القانونى فيترتب عليه جزاء هو عدم نفوذ هذا التصرف

ثانيا : الاستحالة وهى اساس الفسخ اثرها سقوط التزام ناشىء عن تصرف صحيح وسقوط الالتزام الاخر تبعا لذلك ، من وقت حصول الفسخ الا اذ استحال تقسيم الاثار على الزمن فتنقض اثار التصرفات باثر رجعى .

اما البطلان فباعتباره وصفا يلحق التصرف منذ نشأته فاثره عدم تفرد التصرف منذ هذا الوقت كنتيجة طبيعية لبطلانه دون ان يكون هناك محل لان تثور فكرة الرجعية " الرسالة السالفة الذكر فقرة ٦٤ ص ١٨١ "

ليس له اثر رجعي . فهو يراه يعمل بالنسبة للمستقبل دون ان يمس الاثار التي نتجت عن الاعتراف بقيام العقد قبل الفسخ ، وان توزيع اثار التصرف قبل وبعد الفسخ يستلزم امكان تقسيم هذه الاثار على الزمن ولذا فمن المسلم ان هذه القاعدة في تحديد اثار الفسخ تطبق على العقود الممتدة التنفيذ ، كالايجار وعقد العمل الا انه يرى ان كثيرا من العقود التبادلية لا تتوزع اثارها على الزمن " في العقود الفورية التنفيذ) ولذلك يصبح فسخها لامعنى له ، اذا علمنا التفرقة بين ما قبل الفسخ وما بعده من اثار . وامسكنا ما تم قبله اذ ينتج عن ذلك عدم نشوء التزام بالرد لصالح من قام بتنفيذ التزامه قبل وقوع الفسخ لذا فقد وجد من اللازم ان يرتب على الفسخ في هذه الصورة ارجاع المتعاقدين الى حالهما قبل التعاقد والزام كل منهما بأن يرد ما اخذ من الاخر ، واصبح اثره في الواقع كاثر حل الرابطة العقدية بسبب بطلان كل أو احد التصرفات الداخله في تكوينه .(١)

٧٠ — وفيما يتعلق بالبطلان فنجد المادة ١٤٢ من القانون المدني تقول : في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (٢) ، فاذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ، ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية اذا ابطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " . " وهذا استثناء لصالح ناقص الاهلية " .

والملاحظ هنا ان الكلام ينصرف الى البطلان بنوعية المطلق والنسبي اذ بالرغم من اختلافهما قبل تقدير البطلان الا انه متى تقرر ابطال العقد الباطل بطلانا نسبيا بحكم من القضاء او بتراضي الطرفين يترتب عليه ما يترتب على البطلان المطلق من اثار فيزول العقد في الحالين بأثر رجعي اى من وقت الابرام .

(١) رسالته في البطلان ص ١٧٩ ومابعدها ونفس المعنى في مصادر الالتزام ١٩٧٦ ص ٣٩١ .

(٢) يقول الاساتذة بلانيول وريبر واسمان في مطولهم العملي جـ٦ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٦ .

"La nullité ou rescision prononcée en justise a pour effet de remettre les choses dans l'etat où elle se trouvaient avant la formation et l'exécution du contrat "Crim 18 janvier 1937 Gaz. pal, 1937,1,790; 14 mars 1939 Gaz pal, 1939,1, 763".

"Si le contrat n'avait encor reçu aucune espése d'exécution aucune diffculté ne se presente , sil avait reçu

مما تقدم ومما ورد فى الفسخ نجد ثمة تشابها فى الاثار ما بين نص المادة ١٦١ التى تتكلم عن اثار الفسخ ، والمادة ١٤٢/ ١ التى تتكلم عن اثار البطلان .

فالفسخ اثر رجعى فيما بين المتعاقدين والغير ، والبطلان ايضا اثر رجعى فيما بين المتعاقدين وبين الغير . اذ يجب اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد . الا فى الاحوال التى يستعصى بصددها قيام هذا الاثر .

اذ سبق ان تكلمنا عن العقد الزمنى فى الفسخ حيث قلنا ان طبيعة هذه العقود تستعصى على هذا الاثر . نجد نفس الحال فى البطلان اذ يستحيل اعمال الاثر الرجعى فى العقود الزمنية ، ذلك لانه يستحيل ماديا ازالة بعض الاثار التى يترتبت فى الماضى عليه ففى عقد الايجار مثلا يصعب ازالة الانتفاع الذى تم ، وعندئذ يلتزم المؤجر بتعويض المستأجر عن هذا الانتفاع ، وهذا التعويض ليس اجره اذ العقد باطل " وهنا يختلف التعويض فى البطلان عنه فى الفسخ ، اذ تبقى الاجره فى مقابل الانتفاع لان العقد كان صحيحا ولذلك يحتفظ المؤجر بالنسبة لها بامتيازه على المنقولات الموجوده فى العين المؤجره [1] . فالتعويض فى البطلان فى هذا النوع من العقود مصدره الاثراء بلا سبب على حساب الغير

"L,enrichissement sans caus aux dépens d'autrie

وغالبا ما يكون هذا التعويض بما يقارب الاجره عن شغل العين المؤجرة اذا ما تحدد ذلك فى العقد .

٧١ — وثمه تشابه اخر قريب نوعا ما وهو فى الحيازة بحسن نيه ففى الفسخ يصعب قيام الاثر الرجعى اذا انتقل الشئ من احد الاطراف الى شخص ثالث حسن النيه .

" وهذا فى نطاق قواعد الرد المترتب على الفسخ والبطلان " اما فى البطلان فاذا ترتب على العقد الذى نفى ابطاله انتقال حيازة شئ من احد الطرفين الى الاخر فان هذه الحيازة قد تنشئ اثارا تحد من الاثر الرجعى للبطلان . فالحائز حسن النيه يحتفظ بالثمار فالمادة ١٨٥/ ١ مدنى تقضى بانه اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النيه فلا يلتزم الا برد ما تسلم دون الفوائد والثمار الا من يوم رفع الدعوى [2]

une seule est annulée. il appartient aux juges de déterminer, par interprétation de la volonté des parties, si la nullite des autres dispositiona doit ou non en résultér: "civ.20 mars 1920, D.H. 1929, 249.

تحكمهما قواعد نظرية رد غير المستحق. (المواد ١٨١ الى ١٨٧)

٧٢ - غير ان هناك بعض الاحوال ينفرد بها البطلان . عن الفسخ (في الاثار) وهى اولا : حالة ناقص الاهلية (المادة ٢/١٤٢) السالفة الذكر . فرعاية لناقص الاهلية فانه لا يلزم اذا ابطل العقد لنقص أهليته ان يرد غير ماعدا عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (هذا الحكم مأخوذ من نص المادة ١٣١٢ فرنسى ، فاذا كان قد انفق ما تسلمه من ملذاته او لهوه لم يلتزم برد شيء منه اما اذا بقي معه شيء منه او انفقه في وجوه الانفاق المعقوله او استمره كان ملزما برده في حدود ما عاد عليه من نفع. (١)

ثانيا : حالة الانقاص وفي ذلك تنص المادة ١٤٣ مدني على انه اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا او قابلا للابطال فيبطل العقد كله . وهذا ما يقال له انقاص العقد "Réduction du contrat"

(١) يقول الاستاذ الدكتور الشرقاوى في هذا الصدد . وبان العبرة في تقدير اثراء ناقص الاهلية هي بظروفه الخاصة ، ومدى الفائدة التي حصل عليها مما تسلمه ، فاذا كان المال الذى تسلمه باقيا في يوم التزام برده ، وان كان تصرف فيه او انفقه ، فتقدير استفادته من التصرف فيه او انفاقه ، يكون على ضوء نوع الفائدة المتقابلة التي حصل عليها ، وان وفي به دينا عليه كان مستفيدا ، وان انفقه على حاجاته في حدود ما يتفق مع دخله وثرائه كان مستفيدا به ويلتزم برده اما ان انفقه فيما يعد تبذيرا او في الملاهي او القمار ، فلا يعد منتفعا به ولا يلتزم به بالتالي برده (المصادر ص ١٦٠، ١٦٢) ويقول الاستاذ بلانيول وريبر واسمان بانه :-

"Toutefois en cad d'annulation d'un contrat translatif de proprieté, le defendeur ne doit resituer les fruits que du jour de la deende, à mois que sa mauvaise foi ne soit prouvée. les articles 549 et 550 qui etablissent cette regle ne concerent pas seulement l'action en revendication; ils doivent rationnellement s'appliquer à tous les possesseurs, de bonne foi et la nullité du titre n'exclut pas la bonne foi."T VI, N. 321 P 406"

ثالثا : تحول العقد (التحول) " Conversion" ، اى تحوله من عقد باطل الى عقد صحيح ادنى منه . اذ قد يبطل العقد لعدم توافر شرط من شروط صحته ولكنه مع بطلانه قد يصلح ان يبقى فى صورة عقد ادنى من العقد الباطل لتوافر شروط صحة هذا العقد . وعلى ذلك جرت المادة ١٤٤ مدنى . التى تقضى بانه اذا كان العقد باطلا او قابلا للابطال وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت اركانه ، اذ تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد " .

وفى الاخير نود ان نشير الى التعويض . فالتعويض قد يكون فى الفسخ وقد يكون فى البطلان . " وهذا ما جمله التشابه بين الفسخ والبطلان " .

وقد وردت بعض النصوص التى يتكلم عن التعويض فى حالة البطلان منها المادة ١١٩ التى تقول يجوز لناقص الاهلية ان يطلب ابطال العقد ، وهذا مع عدم الاخلال بالتزامه بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية لاخفاء نقض اهليته " . وكذلك المادة ٤٦٨ التى تقول انه اذا ابطل البيع لصدوره من غير المالك جاز للمشترى حسن النيه ان يطلب التعويض " .

والفقه متفق على ان اساس المسئولية فى الالتزام بالتعويض يقوم على الخطأ وتطبق لحكمه القواعد العامة للمسئولية التقصيرية . " هذا فى البطلان "(١) .

اما فى الفسخ فان الفقه ايضا متفق على ان اساس التعويض يقوم على المسئولية التقصيرية لان العقد المفسوخ لا يصلح اساسا للمسئولية العقدية ، وان كنا نعتقد انه يجوز ان يقوم الحق فى التعويض عن الفسخ على المسئولية العقدية .

---

(١) قارن فى كل ذلك الاستاذ الدكتور الشرقاوى . (اثار بطلان التصرف القانونى ص ٢١٨ وما بعدها . مصادر الالتزام المرجع السابق - ورسالته فى البطلان من ص ٨٠ الى ص ٩٤ ، ص ٢٠٢ .

** المبحث الثالث **

الفسخ والوقف

LA RESOLUTION ET LA SUSPENSION

٧٣ ـ في هذا المبحث ، نود ان نتحدث عن أوجه الخلاف والتقارب بين الفسخ باعتباره جزاء على تخلف القيام بالتنفيذ ، فيؤدى الى انحلال الرابطة التعاقدية ، وبين الوقف ، باعتباره حاله موقته تؤدى الى عدم تنفيذ الالتزامات خلال فترة معينة ، دون ان يؤدى ذلك الى ازالة الرابطة التعاقدية على العموم ، والمعلوم ان اغلب حالات الوقف تكون فى العقود المستمره ، مثل عقد العمل او عقد الايجار او غير ذلك ، وتأتى اسباب الوقف فى بعض الاحيان من ورود طارئ او عارض (قوة قاهرة موقتة) تحول دون القيام بالتنفيذ خلال فترة معينة ، فيتراخى التنفيذ الى حين زوال هذا الطارئ ، ويعود بعد ذلك اطراف التعاقد مرة اخرى الى القيام بتنفيذ التزاماتهم .

ولكى نصل الى تحديد حكم الوقف ، لابد من التعرف على موقف التشريع والقضاء فى هذا الخصوص .

فالتشريع لم يتضمن اى نص خاص لحالة الوقف وان كان حديثه دائما يتعلق بالقوة القاهرة التى ادت الى جعل الالتزام مستحيلا بصفة كلية .. فالمادة ١٥٩ تقول " فى العقود الملزمه للجانبين اذ انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المتقابلة ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

وكذلك المادة ٣٧٣ فى نفس المعنى . اذ ينقضى الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبى لايد له فيه .

وثمه نصوص اخرى من هذا القبيل وردت فى احوال مختلفة لمواضع متفرقة منها مثلا فى عقد العمل ، باعتباره من العقود المستمرة ، نجد ان المشرع المصرى لم يتكلم عن اثر القوة القاهرة بصراحة ، الا ما ذكره فى الفقرة الثانية من المادة ٦٩٧ حينما قال " يراعى فى فسخ العقد لوفاة العامل او لمرضه مرضا طويلا " . او لسبب قاهر اخر من شأنه ان يمنع العامل من الاستمرار فى العمل الاحكام التى نصت عليها القوانين الخاصة .

وفى هذا نجد المادة ٤٥ من قانون العمل الفردى تقول " ان عقد العمل

ينتهي بوفاة العامل او بعجزه عن تأدية عمله او بمرضه مرضا طويلا " . ويستوجب انقطاعه عن العمل مدة تسعين يوما منفصله او ١٢٠ يوما متفرقة في السنة الواحدة .

٧٤ — ونعتقد ان المشرع لا يقصد بهذا النص ان يصبح العقد منتهيا بمجرد فوات هذه المدد التي حددها ولكن ذلك يصلح سببا لانهاء العقد بالارادة المنفردة بغير مراعاة ما تنص عليه المادة ٣٦ من هذا القانون من الاعلان والمهلة (١) .

ويمكن القول بالنسبة للحالات التي لا تدخل في نطاق عقد العمل الفردي بان المرض لعدة ايام لا يعتبر مسوغا مشروعا لفصل العامل اذ ان المرض في هذه الحالة هو عائق مؤقت يوقف تنفيذ العقد في الفترة التي يقوم فيها ، ثم يعود العقد الى التنفيذ بعد زوال العائق ، ومن ثم ليس لرب العمل ان يجعل هذا الايقاف سببا لفصل العامل (٢) .

اما القضاء فقد اقر في حالات كثيرة ان تنفيذ العقد من الممكن ان يوقف وبصفة خاصة في حالات الازمات الاقتصادية او الحروب وفي عقود العمل ايضا (٣) . وقد اعتبر المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة ٦٧٣ من القانون المدني الاضراب (٤)

(١) اما فصل العامل لمرضه مدة قصيرة فانه ينطوي على العسف . " محكمة اتفرس في ٩ اكتوبر سنة ١٩٢٣ المحاماه السنة الرابعة ص ٢٧٤ رقم ١٩٨ .

(٢) اما اذا كان المرض لعدة ايام وفقا لقانون العمل الفردي فان الوقف يكون من جانب العامل بالنسبة لالتزاماته فقط على الاقل في جزء من المدة ولكنه يكون مستحق الاجر والمزايا الاخرى — اما اذا امكن تبين طول مدة المرض فلا محل لايقاف العقد بل يمكن فسخه ، ولا يكون لهذا الفسخ من اثر رجعي ، اى ان هذا الفسخ لا يمتد اثره الى الوقت الذي وقع فيه السبب الاجنبي ، وهذا لان طول مدة تغيب العامل عن عمله هي التي تبرر فسخ العقد . " وديموج مجلة القانون المدني ربع السنوية ١٩٢٢ صفحة ١٩٤ ويعكس ذلك محكمة السين التجارية في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣٢ — ١ — ١٤ " محكمة النقض الفرنسية في ٧ يونية ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٧٤ ومحكمة مرسليا التجارية في ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٢ مجموعة مرسليا ١٩٠٢ — ١ — ١٩٢ " مشار الى ذلك عند حسين عامر كتابه العقد المقل ص ٨ وهامش رقم ٣ ، ٤ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية مارس ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ — ١ — ٣٠١ .

(٤) الاضراب هو الاتحاد بين جماعة من العمال على الامتناع عن العمل المعهود اليهم بقصد الحصول على مزايا من رب العمل ، وهي متنوعة . وهناك تعريف اخر يقول:

La réve est généralement définie comme étant-la cassation concertée du travail "Roucisi et durand: précis de législaton industrielle, 4 ed n'216". Il y a gréve que les

حالة من حالات القوة القاهرة ، غير ان القضاء يذهب بصدد تحديد اثر هذا الاضراب على عقد العمل بوقفه او بفسخه الى وجوب ظهور نية الفسخ لدى العامل حتى يمكن القول بأن العقد قد انقضى والا يعتبر الاضراب واقعا للعقد [١] .

اما القضاء فى فرنسا فقد استقر فى البداية على ان الاضراب يفسخ التعاقد المبرم بين العامل ورب العمل [٢] وقد استند هذا القضاء فى موقفه هذا على انه ليس للعمال جماعة من الحقوق اكثر مما يكون للفرد منهم ، فاذا كان الفرد يلزم بالتعويض اذا اقدم وحده على فسخ العقد فسخا تعسفيا وبغير اخطار سابق فان ذلك يصدق ايضا على العمال جماعة عند اضرابهم .

٧٥ — وقد ايد هذا الاتجاه قله من الاساتذة الفرنسين ، فيما ذهبوا اليه من انه لا يعرف بالاضراب ما يهدف اليه العمال المضربون وما اذا كانت تنصرف نيتهم الى استئناف الروابط العقدية التى تربطهم برب العمل ، وان الاساس فى عقد العمل

=)

certains salaries ont effectivement cessé le travail.

كل ذلك مشار اليه فى انسكلوبيدى داللوز تحت لفظ (gréve) ص ٨٩٠ وما بعدها فقرة ١ .

ومما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٧٦٣ بانه " يعتبر الاضراب حادثا فجائيا اذا استطاع الملتزم اقامة الدليل على وقوع الاضراب كان دون خطأ منه وانه لم يكن فى وسعه ان يستبدل بالعمال المضربين بغيرهم. او ان يتلافى نتيجة اضرابهم بأى وسيلة اخرى .

(١) تقول محكمة مصر الكلية بانه وان كان الاضراب لا يعتبر مسوغا شرعيا لفسخ العقد (عقد الايجار) ، بل يعتبر موقفا له ، لان نية الفسخ من قبل العامل المضرب معدومة اذ لم يلجئه الى الاضراب الا قوة قاهرة ، تمنعه موقتا من تنفيذ العقد . الا انه فى حالة ما اذا استمر الاضراب بحيث يظهر منه بجلاء نية الفسخ من قبل العامل (اوخذ العامل بنيته " ٢٠ مايو ١٩٣٧ المحاماه السنة الثامنة عشر ص ١٧١ رقم ٨١ " وقالت محكمة الازبكية ان الاضراب من جانب العامل وانقطاعه عن اداء العمل قد يعتبر مبدئيا من جانبه فسخا لعقد العمل ، الا ان هذا الفسخ لا يقع الا فى حالة الاضراب الذى يمتد بحيث يظهر بجلاء ان العامل قد اعتبر عقده مفسوخا وانه قد انصرف عن العمل نهائيا اما الاضراب الذى لا يتعدى مظهر الاعلان بالتذمر من شروط عقد العمل بحيث تكون لدى العامل نية الرجوع الى العمل اذا تبين للعامل عزم صاحب العمل عن فصله ، فلا يترتب عليه الفسخ بل بمجرد ايقاف العمل " ٢٠ فبراير ١٩٣٦ المحاماه السنة السابعة عشر ص ٩١٤ ص ٤٥٩ "

(٢) "Req 18 mars 1902, D. P. 1902. 1. 323; civ. 4 mai

هو ان يقوم العمال بما عهد اليهم في اتصال واستمرار ما يعد الاخلال به نقضا للعقد (١) بينما تعارض الكثرة من الفقهاء هذا الرأى وتذهب الى ان الاضراب لا يكفى وحده لانهاء عقد العمل ، ولا يؤدى الى انقضاء العلاقة القائمة بين العمال ورب العمل وانما يؤدى فقط الى وقف تنفيذ العقد ريثما يستأنف التنفيذ من جديد عندما ينتهى الاضراب (٢) .

وقد اخذت بهذا المعنى محكمة التحكيم العليا في فرنسا في حكمها الذى ذهبت فيه الى تأيد الرأى بوقف العقد دون فسخه على اساس القواعد العامة في الالتزامات التى تقضى بان العقد المبرم بين المتعاقدين لا يمكن فسخه الا بالاتفاق او بحكم القضاء في حالة عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . (٣)

---

(١) انظر في هذا المعنى :-

Georges scelle "pricis élementaire de legislation industrielle - 1927 P. 260."

(٢) "Cette jurispruclence se heurtait à de vives critiques de le doctrine (planiol, notes critiques, D.P. 1904.1. 289 et 1907,1.372,). Baudry-lacantinerie et wahl, t,2,n'2963, Pic de la rupture ou de la suspension d'exécution de travail par l'effet des gréves ou des lock-out patronaux Revue trim 1905 P.27. - planiol ripert tr, eém t 2 N°1896 Josserand t 2 N° 1285." Celle-ci estimait que le contrat de travail n'était pas trompu de plein droit mais simplement suspendu, et que le patron atait semplement fondé à se prevaloir de la gréve pour demender, la résolution du contrat, si le comportement de l'ouvria etait fautif.

انظر ذلك في انسكلوبيدى داللوز تحت لفظ Gréve ص ٨٩٢ فقرة ٢٥ وما بعدها .

(٣) محكمة التحكيم العليا في ١٩ مايو ١٩٣٩ Dr.- soc ١٩٣٩ ، ص ١٩٩ ومع ذلك

"Neamois elles autorisérent le chef d'intreprise a congédier ulterieureument les grévestes en se fondant sur le caracteré abusif de la gréve, elle même, ou sur le comportement quasi-délictuel de ceux-ci pris individuellement.

وفى العقود غير المحددة المدة تعمل الارادة المنفردة على نية الاطراف ، لان الاضراب فى حد ذاته لا يؤدى الى القول بان نية العمال لتنصرف الى فسخ العقد والتخلى نهائيا عن العمل وانما يهدف العمال الى الحصول على بعض المزايا التى يرون فيها تحسين حالهم او الى الحيلولة دون تحملهم ما يسبب لهم ضررا ماديا او ادبيا [1] .

٧٦ - واذا كان قد تبين لنا من انه من الممكن ان يقف تنفيذ العقد لفترة محددة ، " فى العقود المستمرة الى حين زوال العائق او العارض ، فيعود العقد مرة اخرى هو وتنفيذه الى مجال عمله الطبيعى ، نجد ان من الفقه من يقول بان وقف العقد هو بمثابة فسخ موقت يحل اثناء وجود العقد الزمنى [2] وبالتالى لم يتردد فى اعمال التشابه بين الوقف والفسخ دون ان يترتب على ذلك اى ضرر على الاثار السابقة او اللاحقة على فترة الوقف .

الا اننا نعتقد ان هذا الرأى ليس من السهل قبوله ، ذلك لان الفسخ بشروطه واركانه لا يمكن ان ينطبق على حالة الوقف ، لانه يتعارض معه بصورة واضحة . وخاصة من ناحية الحلول التى يتم التوصل اليها ، الى جانب ان الدائن فى حالة الفسخ يملك الحق فى الخيار ، وانه من الضرورى ان يكون هناك خطأ من جانب المدين حتى يمكن الحكم بالفسخ ، وما الوقف الا نتيجة لقوة قاهرة او ظرف طارئ ادى الى جعل التنفيذ مستحيلا بصفة موقته .

---

(١) وقد رجعت محكمة النقض الفرنسية عن احكامها السابقة فى كون الاضراب يفسخ العقد ، اذ اقرت ان الاضراب لا يؤدى الا الى وقف تنفيذ العقد فقط " نقض فرنسى ٣٠ مارس ١٩٣٩ Guest prud'h ١٩٣٩ ص ، محكمة اورليان Orléan ٣١ يناير ١٩٥٠ Droit ouvrier ، ١٩٥٠ ص ٣٣٠ "Contrat comm. rev coc وهذه الاحكام : -
"soc. 25 avril, 26juin 1952, dr soc. 1953.533 et 535; soc. 5 avril 1957 , j. C.P. 1957.11. 10137; crim 18 juill. 1952. j.C.P.1953.11.7530; soc 9 mai 1973. bull.V.n'282, p 252"
انظر مزيد من هذه الاحكام فى الكتاب المعنون
ل "Les Grands arrets de droit du travail"
Gérard lyon -Caen et Jean Pélissier édition sirey 1978.

(٢) فى هذا المعنى ليبريه " Lebret " وقف وفسخ العقود ، المجلة الانتقادية

٧٧ ـ وهذا ما ذهب اليه الاستاذ ساروت في رسالته عن وقف التنفيذ في العقود حيث اوضح العلاقة بين الفسخ والوقف ، والنتائج التي يمكن التوصل اليها في كلا الحالتين · والتي تكون في الواقع مختلفة كل الاختلاف فيما بينهما [١] وكما قال " ان كلا المتعاقدين يكون في الوقف في حالة استحالة موقته لتنفيذ التزاماتها ، وان الدائن في هذه الحالة يملك الحق في فسخ العقد نتيجة عدم التنفيذ ، لكن الطابع الموقت للقوة القاهرة والذي ادى الى جعل التنفيذ مستحيلا خلال فترة الوقف ، لان الحالة حالة موقته ومحدوده ومحصورة في خلال المدة التي يكون فيها عدم التنفيذ مستحيلا وانه من الافضل مراعاة ذلك وفقا للظروف ، يضاف الى ذلك انه لابد من استبعاد تطبيق فكرة الفسخ الجزئي لانه سيؤدي الى الاضرار بالحق العام للفسخ " ونعتقد بانه لا مجال لاعمال اي تقارب بين الفسخ والوقف ، فالفسخ كما هو معلوم يمثل في التقنين المدني نظرية عامة ذات تطبيق واسع ، اما الوقف فيقوم بحسب الاحوال ، لذلك لا يجب ان نغالي في اهميته ، اذ يظل مجال تطبيقه محصورا في مدة معقوله وعادية ، فالحلات الرئيسية منه نجدها مثلا في عقد العمل ، كما اشرنا بالنسبة لمدة الخدمة العسكرية او الولاده بالنسبة للمرأة ، أما الاضراب ومدته فكما اسلفنا فان موقف القضاء في مصر وفي فرنسا مازال مترددا وغير واضح ·

(١) " Sarraute, de la suspension dans l'exécution des contrats thése paris. 1929 P. 82 à 90.

** المبحث الرابـــع **

الفســخ ودعـــوى الضمـــــان

LA RESOLUTION ET L'ACTION EN GARANTIE

٧٨ ـ يتمثل الضمان فى القانون المدنى المصرى فى ضمان التعرض والاستحقــاق وفى ضمان العيوب الخفية . والثابت من احكام عقد البيع باعتباره الاصل فى الكــلام عن الضمان ان هذا الالتزام اى الالتزام بالضمان التزام تبعى وليس اصليا اذ هـــو فرع عن الالتزام بنقل الشىء المبيع الذى يجب ان يكون هذا الانتقال انتقالا واقعيـــا وسليما .

فالالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بالتسليم والمحافظة عليه حتى التسليم " م٢٠٦ " ويقتضى ايضا ان يكون الشى محل الحق خاليا من حقوق للغير وخاليـــا ايضا من العيوب ، فاذا لم يتحقق هذا او ذاك كله او بعضه كان البائع مسؤولا عــن ذلك ولو لم يصدر منه خطأ .

فبينما يتعلق بضمان التعرض والاستحقاق ، فانه اذا قلنا بان هذا النــوع من الضمان فرع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى لغدت النصوص المتعلقة به مجرد تطبيق للقواعد العامة . ذلك لانه مادام البائع ملزما بنقل ملكية المبيع الـــى المشترى ملكية كاملة ، فهو اذا لم يكن مالكا ــ وهذا هو موضوع الاستحقاق الكلى ــ كان المبيع بيع ملك الغير[1] وكان للمشترى دعوى الابطال ، واذا كان البائع غير مالـــك لبعض المبيع ، او كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير ، وهذا هو موضوع الاستحقاق الجزئى ، فان الملكية التى تعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشترى كاملــة ومن ثم جاز للمشترى طلب البيع مع التعويض اذا كان له مقتضى .

غير ان القانون مع ذلك جعل للمشترى فى الحالتين المتقدمتي الذكر دعوى ضمان وهى غير دعوى الابطال او دعوى الفسخ ، والسبب فى خصوصية دعوى الضمـــان واستقلالها عن سائر الدعاوى التى تستمد مباشرة من القواعد العامة وتتفرع فى نفــس الوقت من التزام البائع بنقل الملكية للمشترى يرجع الى اعتبارات تمت الى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، وقد تركت تلك الاعتبارات طابعها ظاهرا فى دعوى ضمـــان التعرض والاستحقاق فى القانون المدنى الفرنسى ، ومنها انتقلت الى القانون المدنـى المصرى .

العيوب الخفية يجاوز نطاقه عقد البيع الى كل عقد ناقل للملكية بل الى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع لاسيما اذا كان العقد من المعاوضات ، فهو موجود في عقد الشركة والصلح والايجار والمقايضة ، والقسمه ، وموجود ايضا في عقد الهبة ، ولكن في نطاق ضيق واعتبار ان عقد البيع يغلب فيه استعمال الضمان ، ويكون تنظيم هذا العقد ناقصا ولو خلا منه ، فقد درجت التقنينات ومنها التقنين المدني المصري على ادماج هذا الضمان في عقد البيع . فقد اشار في خصوص عقد الشركة الى هذه القواعد (م ٥١١/١) وكذلك في عقد القرض (م ٥٤٠ مدني) الى غير ذلك .

— تقول المادة ٤٣٩ والمتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله سواء كان التعرض من فعله هو او من فعل اجنبي . يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ، ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الاجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه " من هذا النص يتبين لنا ان البائع ملزم في حالة وقوع التعرض والاستحقاق بالشروط التي حددها القانون بضمانه ، وذلك اما بتنفيذه عينا بان يكف هذا التعرض او يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعيا بحقه على المبيع ، يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق ، فان عجز عن التنفيذ العيني ، بان قام الغير مثلا باثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به وجب على البائع ان ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض المشتري مما اصابه من الضرر باستحقاق المبيع طبقا للقواعد التي قررها القانون .

ومما تقدم ، ومما استعرضنا بخصوص الفسخ يتضح لنا ان هناك نقاط التقاء ونقاط تمايز بين الفسخ من جهة وبين الضمان من جهة اخرى .

٧٩ — ومن جملة ما بينهما من تمايز . نجد ان الفسخ يزيل العقد على العموم فيعتبر العقد كان لم يكن ابتداء وتنسحب آثاره في بعض العقود الى الماضي في حين لا تنسحب في غيرها ، فيقتصر على المستقبل فقط ، اما الضمان فلا يهدف في الواقع الا لدرء التعرض والاستحقاق ، بتنفيذه عينا فان لم يكن فبالتعويض .

وفيما يتعلق بالتعويض نجد المادة ٤٤٣ قد حددت كيفية هذا التعرض في فقراتها الخمس ، والفقرة الخامسة منها تقول " وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه

من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع " وهذه المادة تحدد عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلي على اساس تعويض المشتري عن فقده المبيع ، فيختلف بذلك عن التعويض في دعوى الفسخ ، ففي دعوى الفسخ يفترض ان العقد قد زال وان التعويض الذي يقدمه البائع للمشتري ليس مبينا على العقد وان كانت هذه المسألة محل خلاف في الفقه ولا يمنع في نظرنا أن يكون التعويض مبينا على العقد ايضا (١) .

اما في دعوى الضمان " ضمان الاستحقاق فيفترض ان عقد البيع باق ولم يزل التعويض فيه سببه عقد البيع بعد ان تعذر تنفيذه عينا ، وهذا قاطع في ان عقد البيع باق ولم يزل مادام التعويض ليس الا تنفيذا له ، وهكذا يكون التعويض في ضمان الاستحقاق مقدرا على اساس تعويض المشتري عن فقده للمبيع فيأخذ قيمة وقت الاستحقاق (م٤٤٣) لا على اساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن .

ومن جهة ثانية نجد ان التعويض في دعوى الضمان قد تولت النصوص القانونية تقديره تقديرا تفصليا ، فهو غير متروك لتقدير القاضي في حين يكون التعويض في دعوى الفسخ متروك تقديره للقاضي ، ولم تتعرض لتقديره النصوص.(٢)

غير ان هذا لا يمنع في نظرنا ان يكون هناك ثمة التقاء بينهما ،واول مظاهر هذا الالتقاء هو انه يجوز في حالة تعرض المبيع واستحقاقه ان يتقدم المشتري للمطالبة بالفسخ باعتبار ان ذلك يمثل اخلالا باحد الالتزامات التي على عاتق البائع والتي هي من وجهة نظر المشتري من الاهمية بحيث لو وجد الاعتقاد بوجودها لما ابرم العقد لان من اهم شروط المطالبة بالفسخ هو توافر الاخلال بأحد الالتزامات المفروضة على احد الاطراف وقد توافر هذا الامر في حالة التعرض والاستحقاق وثمة التقاء اخر نجده في أنواع كل منهما ،فالفسخ نوعان : نوع قضائي ، يطلب عن طريق القضاء ، ونوع اتفاقي يتم بمقتضى شرط فاسخ صريح ، يتفق عليه الاطراف ، وكذلك نفس الامر في ضمان الاستحقاق والتعرض ، فاذا خلا العقد من الاتفاق على تحديد اثر التعرض والاستحقاق من تنفيذ عيني او تعويض ، فان للمشتري ان يتقدم الى القضاء رافعا دعوى الضمان بحقه — وفي هذا الصدد تنص المادة ٤٤٥ " على انه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيد ضمان الاستحقاق ، او ينقصا عنه او ان يسقطا هذا الضمان ،

---

(١) سنتكلم في هذه المسألة " في هل يكون التعويض في الفسخ مبنيا على المسؤولية العقوبة ام المسؤولية التقصيرية . انظر الفصل الخاص باثار الفسخ . ص

(٢) [illegible]

ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان او ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حـــق الاجنبـي " .

فاحكام الضمان هذه والتي وردت في القانون ليست من النظام العـــام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها . اذ هي نصوص مكمله وليست آمره ، ونفس الامر في احكام الفسخ ، فنجد المادة ١٥٧ المتعلقة بالفسخ القضائي ليست آمره فهي مكمله لارادة الاطراف ، فاذا خلا العقد من الاتفاق على الفسخ (١٥٨٢) جاز للطرف المضـــرور ان يتقدم الى القضاء للمطالبة به .

وخلاصة ما تقدم هي ان مجال تطبيق نظرية الفسخ اوسع من ذلك المجــال الموجود في دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، والسبب في ذلك هو ان حق المطالبـة بالفسخ يجوز في اي اخلال يقع من احد الاطراف حتى ولو كان هناك اهمال بسيط او تأخير او كان احد الاطراف سيء النية ايضا ، في حين نجد ان الضمان محدد في حـــالات وهي التعرض او الاستحقاق من البائع او من الغير فقط ، ولا ننسى ايضا ان هـــذا التعرض والاستحقاق يعتبر سببا من اسباب المطالبة بالفسخ .

٨٠ ـ اما فيما يتعلق بضمان العيوب الخفيه " المواد من ٤٤٧ الى ٤٥٥ " فاننا نجد ايضا انه تارة قد يؤدي الى الفسخ وتارة لا يؤدي الى ذلك . فمن جهة اذا كان الخلاف بين المتعاقدين ينحصر في المبيع بحسب النوع وكان الخلاف بسيطا ما بيــن الشيء المبيع والشيء المسلم ، فلا يكون للمشتري الا رفع دعوى ضمان العيب الخفـــي دون دعوى الفسخ ، اما اذا كان الخلاف واضحا جليا ما بين الشيء المتفق عليه والشيء المسلم فانه يسمح للمشتري بالمطالبـة بالفســـخ .

واذا كان الخلاف يتعلق بالعينة échantillion - أو النموذج Type فان حكمه حكم الخلاف "من حيث النوع" غير ان لمحكمة الموضوع في هذا الصدد الحــق الكامل في تقدير هذا الخلاف في الشيء المبيع لمعرفة ما اذا كان يبلغ من الجسامه مـــا يصير به المبيع غير صالح للغرض الذي من اجله ابرم المشتري العقد وهذا الحق الـذي لمحكمة الموضوع لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ ، سيري ١٩١٠ ـ ١ ـ ٤٥٧ ويستفاد من نص المادة ٤٤٧ مدني بان المعيار الذي يرتكز عليه لتحديد المنافع المقصودة من المبيع معيار موضوعي " أ ـ ما هو مبين في العقد ، او ما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له . قارن الاستاذ د . جميل الشرقاوي ، عقد البيع ص ٢٧٥ هامش ١ ، وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي " ويرجع في تقدير ذلك الى معيار مادي فينظر الى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد او الى الارادة الظاهرة ...

وقد يقضى بفسخ العقد مع التعويض اذا كان المبيع عند تسليمه غير مطابق للنموذج المتفق عليه ، بحالة تجعله لا يصلح لما من اجله تعاقد المشترى مع مراعاة العرف فى ذلــك (١) " المواد ٤٣٣، ٤٤٤ ، ٤٤٧ ، ٤٤٨ " من القانون المدنى " .

ومن جهة ثانية قد يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون ان يقوم ضمان العيــب ، ولذلك اذا اشترط المشترى ان يكون المبيع فى حالة جيدة ، فتبين انه ليس فى هذه الحالة وان كان فى حالة صالحة تماما للاغراض المقصودة منه فيجوز للمشترى ان يطلب الفســخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع فى الحالة المتفق عليها ، لكن لا يجوز لـــه ان يرجع على البائع بضمان العيب ، لان المبيع خال من كل عيب ، وهو صالح للغـــرض المقصـــود .

وقد يقوم ضمان العيب دون ان يقوم الفسخ لعدم التنفيذ ، اذا وجد المشترى المبيع فى الحالة التى اشترطها ، ولكن وجد به عيبا " خفيا " ينقص من صلاحيته للغرض المقصود فعند ذلك يكون للمشترى الرجوع على البائع بضمان العيب ولكن لا يجوز لـه ان يطالب بفسخ العقد لعدم التنفيذ .

واذا اشترط المشترى ان يكون المبيع فى حالة صالحة للغرض المقصود ، ثـــم تبين له ان المبيع ليس فى هذه الحالة ، جاز للمشترى اما ان يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لان البائع لم ينفذ التزامه من تسليم المبيع فى حالة صالحة للغرض المقصود واما ان يرجـع بضمان العيب لوجود عيب فى المبيع يجعله غير صالح للغرض المقصود فيكون للمشترى الخيار بين حق طلب الفسخ لعدم التنفيذ او ضمان العيب (٢) والرجوع بالفسخ لعدم التنفيــذ تختلف عن الرجوع بضمان العيب ، ففى الرجوع بالفسخ لا يشترط ان يكون المشترى غيــر عالم بالعيب ، ويشترط ذلك فى ضمان العيب ويجوز الفسخ حتى ولو كان المبيع بمـــزاد قضائى او مزاد ادارى ، ولا يجوز ضمان العيب ومدة التقادم فى الفسخ خمس عشر سنـــة من وقت اخلال البائع بالتزامه وهى سنة واحدة من وقت التسليم فى ضمان العيب .

والفسخ يزيل العقد بأثر رجعى فيعتبر كأن لم يكن ويرد المشترى المبيع ويسترد الثمن مع التعويض ان كان له مقتضى ، اما فى ضمان العيب فالعقد قائم وعلى اساسه امــا ان يرد المشترى المبيع ويأخذ تعويضا من البائع واما ان يستبقى المبيع مع اخذ التعويض .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٣ ، سيرى ١٩٠٤-١-٤٨٦ ، ومحكمـة ينم فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٣ سيرى ١٩١٤-٢-٢١٠ ، ومحكمة السين فى ١٨ يونية ١٩٣٥-٢-٢٣٧ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع بلانيول وريبير وهامل جـ١ فقرة ١٢٦ ص ١٣٧ .

٨١ - ونخلص في النهاية الى القول بان دعاوى الضمان سواء ما كان منها في عقد البيع او في غيرها من العقود على النحو السالف ذكره تهدف الى ضمان حسن سير التعامل بين الاطراف وهو نفس الهدف الذي يسعى اليه القانون في تنظيمة للفسخ بين نصوصه . اذ فقد اجاز لاحد المتعاقدين في ان يعود على المتعاقد الاخر بتقديم ما هو كاف وضروري للشيء الى جانب الاحتفاظ بحقه في ضمان الاستحقاق وضمان العيوب ، وحقه ايضا في طلب الفسخ في حالة عدم قيام هذا الاخير بتنفيذ التزامه وفقا لشروط العقد .

ولا يغيب عن البال ان التقنين المدني قد حدد موقفه من دعاوى الضمان في مجال غير مجال الفسخ حيث اضحى الفسخ يمثل في نصوصه نظرية عامة ذات تطبيق واسع اما الضمان فيقوم بحسب الاحوال ويلتقي في بعض الاحيان بالفسخ والدليل على ذلك تنظيم المشرع لاحكام الفسخ في باب القواعد العامة اما احكام الضمان فقد كان من الممكن جعله نظرية عامة في العقد دون ان يقتصر على عقد البيع ، وهذا ما فعله المشروع التمهيدي للتقنين المدني الالماني ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصا لو خلا منه فقد دجت التقنينات والى هذا انتهى ايضا التقنين المدني الالماني نفسه في صورته النهائية(١) ، على ادماج هذا الضمان في عقد البيع ، وتجعل التقنينات القواعد التي ادمجت في عقد البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود الى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد . وعلى هذا النهج سار القانون المدني المصري .

---

(١) المادة ٤٤٥ من القانون المدني الالماني ، وانظر كولان وكابيتان جـ٢ فقرة ٨٩٣ ص ٥٩٨ الطبعة العاشرة - حيث قالا ...

"On ne traite de la garantie qu' à propos de la vent , _ seulement il est sous-entendu dans natre code est exprimé formellement dans le code civil allemend art 445). que les principes ainssi posés s'appliquent a tous les autres contrats à titre anereux sauf application des regles spéciales formulleés dans des disposition particulieres".

** الباب الثانـــــي **

نطـــاق تطبيـــق الفســـــخ

٨٢ — يتبين لنا من قراءة نص المادة ١٥٧ والمادة ١٥٨ ، ان حق المطالبـة او التمسك بالفسخ ، لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين les contrats synallagmatiques دون العقود الملزمة لجانب واحد ، les contrats unilatreaux لان العقد الملزم لجانبين يتضمن التزامين متقابلين يرتبط كل منهما بالاخر بحيث اذا اخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الاخر ان يتحلل من تنفيذ التزامه .

اما العقد الملزم لجانب واحد ، فلا يتصور ان يقوم فيه الفسخ ، لان طبيعته لا تسمح بذلك ، فهذا العقد لا ينشئ الا التزامات في جانب واحد من طرفيه ، بحيث يكون فيه احد المتعاقدين دائنا غير مدين ، والاخر مدينا غير دائن ، فالدائن الذى يشكو من عدم وفاء المدين بالتزامه لا يكون ملزما بشئ ومن ثم لا تكون له مصلحة في التحلل من العقد بالالتجاء الى الفسخ ، وانما يكون له ان يطالب بتنفيذ العقـد اما تنفيذا عينيا اذا كان ذلك ممكنا ، واما تنفيذا بمقابل عن طريق التعويض ، ومثـال هذه العقود عقد الهبة بدون عوض ففيه يلتزم الواهب بنقل ملكيته التى للموهوب وتسليمه ولا يلتزم الموهوب له بأى التزام ، وعقد الوديعة غير المأجورة الذى يلتزم بمقتضـاه المودع لديه بالمحافظة على الشئ ورده ، فى حين لا يلتزم المودع بأى التزام .

غير انه يوجد من العقود ما يكون ملزما لجانب واحد فى الحالات العادية ثم تصبح عقودا ملزمة للجانبين ، اذا اتفق الاطراف على ذلك وقت ابرام العقد كعقـد الهبة بتكليف او بتعويض ، فيترتب عليها نشوء التزامات تقابل الالتزامات التى نشـأت على الطرف الاخر .

المهم حتى يعتبر العقد ملزما للجانبين ان تكون الالتزامات الناشئـة مصدرها العقد نفسه دون غيره .

ولذلك سنتعرض فى هذا الباب ، لنطاق تطبيق الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين فى فصل ثم لنطاق تطبيقه فى مجال العقود الملزمة لجانب واحد ، فى فصل اخـر .

** الفصـــل الاول ــــ **

تطبيق الفسخ فى العقود الملزمة للجانبيـــــــن

APPLICATION DE RESOLUTION AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

٨٣ _ المعلوم ان جميع العقود الملزمة للجانبين تخضع للفسخ ،ومن هـــذه العقود وعقد البيع والايجار ، والشركة ، والرهن ٠

وقد سبق أن اثير التساؤل ، عن وضع العقود التى كان يطلق عليها فى الماضى عقودا عينية ، هل تخضع للفسخ كغيرها من العقود اولا ٠٠؟ وهذه العقود هى عقد القرض والعارية ، ورهن الحيازة والوديعة ٠

فى الماضى كان القانون المدنى القديم يعتبر هذه العقود عقودا ملزمـــة لجانب واحد ،وبالتالى لم تكن تخضع للفسخ ، اما الفقهاء فقد اختلفوا فى هذا الامر فمنهم من انكر فيها حق الفسخ ومنهم من اقـره ولكن سماه اسقاطا

ومـــنهم من اقره على انه فسخ وذهب الى ان حق الفسخ يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد ٠ وسوف نتعرض لهذا الموضوع فيما بعد ، الا ان التقنين المدنـــى الجديد ، نبذ فكرة العقد العينى ، بالنسبة لعقود القرض ،والعارية ، ورهن الحيازة والوديعة ، اذ اعتبرها عقودا رضائية تنعقد بالتراضى ، ولم يعد التسليم ركنـــا فيها بل تنفيذ الالتزام الناشئ منها ٠ ومن بين هذه العقد الاربعة نجد ثلاثة ملزمة للجانبين ، وهى القرض ، والعارية ، ورهن الحيازة ، يلتزم فيها احد الطرفيـــــن بالتسليم والطرف الاخر بالمحافظة والرد ٠

غير ان هذه العقود الثلاثة _ حتى مع اعتبارها عقودا عينية _ هى عقـــود ملزمة للجانبين ، اذ ان المسلم فيها يظل ملزما بعدم استرداد الشئ ، فاذا اخـــل المسلم له بالتزامه بالمحافظة على الشئ ، جاز للمتعاقد الاول فسخ العقد واسترداد الشئ ويصدق هذا على عقدى العارية والرهن الحيازى ، وكذلك فان عقد القـــرض يلزم المقرض بعدم استرداد مثل ما اقرض الا عند نهاية مدة القرض ، وهذا الالتـــزام يقابله التزام المقترض بدفع الفائدة المشترطة فاذا اخل المقترض بالتزامه جاز للمقـــرض فسخ العقد واسترداد ما اقرض ٠

وبعد هذا التمهيد _ يمكننا القول بان العقود الملزمة للجانبين تخضـــع جميعا للفسخ حتى لو لم يكن هناك اى نص خاص بها _ فنص المادتان ١٥٧ ،١٥٨ ، لهما من العموم ما يجعلهما تنطبقان على جميع الحالات ، فالدائن بالالتزام غير المنفذ

هو مدين ايضا لمدينة ، فلا يمنع اذا من ان يطبق نفس " الحكم " على كل الحالات التى يكون فيها طرفان فى عقد احدهما دائن والاخر مدين ، وهذا محل اجمـــاع من الفقه[١] ، والقضاء[٢] .

وفى هذا الفصل سنحاول ان ندرس الفسخ فى بعض العقود فينقسم عملنا الى مبحثين ـ المبحث الاول يخصص للعقود المحددة (Commutatifs) والثانى للعقود الاحتمالية (aléatoire) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى السنهورى جـ١ الوسيط فقرة ٤٦٧ ص ٧٨٨ ، حشمت ابو ستيت فقرة ٣٧٦ ص ٣٧٦ وهامش ١ بها ـ انور سلطان المصادر فقرة ٣٥٦ ص ٤١٣ ، عبد المنعم فرج الصده المصادر فقرة ٣٧٠ ص ٤٠١ ، عبد المنعم البدراوى مصادر الالتزام جـ١ فقرة ٣٩٥ ص ٥٤٠ .
جميل الشرقاوى مصادر الالتزام الكتاب الاول ص ٥٩ .

(٢) انظر نقض مدنى ٢٢ ابريل سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ . حيث قضى بان العقد الذى تبرمه الحكومة مع مقاول رست عليه مناقصة اشغال عامة سواء اعتبر عقدا مدنيا او عقد اداريا ، فان وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه اذا

المبحث الاول

الفسخ في العقود المحددة
LES CONTRATS COMMUTATIFS

٨٤ - يمكن تعريف العقد المحدد ، بانه العقد الذي يعرف فيه كل متعاقد وقت انعقاد العقد مقدار ما سيعطي ومقدار ما سيأخذ ، وذلك بصرف النظر عن التعادل بين هذين المقدارين .

وتجدر الاشارة الى ان معظم العقود الملزمة للجانبين عقود محددة وقابلة في مجموعها للخضوع ، للقواعد العامة الواردة في المادتين ١٥٨ ، ١٥٧ ، من التقنين المدني .

وتختلف العقود المحددة عن العقود الاحتمالية ، في انه في العقود الاحتمالية لا يعرف كل من المتعاقدين وقت انعقاد العقد مقدار ما سيأخذه او يعطيه لان ذلك يتوقف على حادثة احتمالية ALEA ومثال هذه العقود ، إتفاقات المقامرة والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين . (١)

الا انه بالرغم من هذا الاختلاف فان المشرع المصري على خلاف المشرع الفرنسي قد اخضع كل هذه العقود ، سواء كانت محددة او احتمالية للقواعد العامة في الفسخ ، ولذلك سنتكلم عن ثلاثة انواع من العقود المحددة في كل مطلب ، عقد البيع ، عقد الايجار ، عقد الشركة .

---

(١) قارن في المعاني المختلفة لكلمة العقد المحدد والعقد الاحتمالي بلانيول وريبير واسمان جـ٦ فقرة ٤٠ ص ٤٣ ، اوبري ورو جـ٤ فقرة ٣٤١ ، وديموج جـ٢ فقرة ٢٢ ، ٢٦ ، لوران جـ١ فقرة ٤٣٦ ، ٤٣٨ ، بودري لاكنتري وبارد جـ١ فقرة ١٧ وما بعدها ، وفقرة ٢١٠٤ وما بعدها ، كولان وكابيتان جـ٢ فقرة ٣٥ ديموج جـ٢ فقرة ٩١٥ .

** المطلب الاول **

عقـــــد البيـــــع

LA VENTE

٨٥ – يعرف التقنين المدنى المصرى عقد البيع " بانه عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشترى ملكية شئ او حقا ماليا اخر فى مقابل ثمن نقدى " المادة ٤١٨ ".

يتضح لنا من هذا التعريف ان عقد البيع ، من العقود الملزمة للجانبيـــن ، تنشأ عنه التزامات متقابلة فى ذمته كل من طرفيه ، فاذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامـه جاز للطرف الاخر ان يطالب بفسخ عقد البيع (١٥٧) واذا كان بين البائع والمشتـــرى اتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه فى حالة اخلال احدهما بالتزامـــه ينفسخ العقد ، ولا حاجة هنا لاستصدار حكم قضائى بالفسخ اذ يقع الفسخ بحكـــم الاتفاق (المادة ١٥٨) .

واضافة للقواعد العامة فى الفسخ (المواد ١٥٧–١٥٨) وردت بخصـــوص عقد البيع بعض النصوص الخاصة ، اجاز فيها المشرع فسخ العقد لو نشأت اسبابهـــا منها المادة ٤٣٣ ، المادة ٤٣٨ ، المادة ٤٤٣ والمادة ٤٦١ .

ونستطيع القول بصفة عامة بان كل انواع البيوع تكون قابلة للفسخ ، الا ما استثنى منها سواء بالاتفاق ، او بنص القانون .

وسيكون كلامنا عن احوال الفسخ فى عقد البيع بناء على اسس ثلاثة اولهـــا طبيعة موضوع الشئ المبيع ، ثانيها كيفية دفع الثمن ، ثالثها شكل البيع .

٨٦ – فبحسب الاساس الاول : طبيعة موضوع الشئ المبيع ، نجد ان البيع قـــد يرد على منقول او على عقار فيحتوى فيها الفسخ ، اى بمعنى ان الفسخ يرد على كـــل من البيوع المتعلقة بالمنقولات او بالعقارات . وفى هذا الصدد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يشتمل على نص خاص يحمل رقم ٦٠١ ، حيث يقول [1] فى بيع العقار يتعيـــن الحكـــم بالفسخ فورا اذا طلب البائع ذلك وكان مهددا ان يضيع عليه المبيع و الثمن [2]

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٤٧ فى الهامش وص ١٤٩ فى الهامش وقد كان النص السابق يقابله فى القانون المدنى القديم المادة ٣٣٢/٤ ، ٤١٥/٤١ .

(٢) اما القانون المدنى الفرنسى فقد اشتمل فى المادة ١٦١٠ والمادة ١٦٥٤ علـــى ما يتضمن الفسخ سواء فى المنقول او فى العقار ، اما النصوص الاخرى التى تحمل رقم ١٦٥٥ ، ١٦٥٦ فانها لم تكن تشير الى ذلك وبصفة خاصة فى العقارات ...

فاذا لم يكن مهددا بذلك جاز للقاضي ان ينظر المشترى الى اجل تقدر مدته تبعا للظروف ، على ان يدفع المشترى الفوائد القانونية ، اذا لم يتفق على فوائد اخرى فاذا انقضى الاجل دون ان يدفع الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون انظار المشترى الى اجل اخر ، الا ان هذا النص حذف من لجنة المراجعة لان حكمه مستفاد من القواعد العامة .

٨٦ - واذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى سالفة الذكر ، تقتصر على ذكر بيع العقار ، فان ذلك لا يمنع من ان حكمها يصح ايضا فى بيع المنقول ، ولو ان بيع المنقول يغلب عليه فى بعض الاحيان ان يكون مفسوخا من تلقاء نفسه اذا لم يدفع المشترى الثمن فى الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ ، من القانون والتى تقول " فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، هذا ما لم يوجد اتفاق على ذلك .

غير انه قد يحصل فى احيان اخرى ان يمتنع الفسخ فى المنقول ، حتى ولو لم يدفع المشترى الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع ، كما اذا كان خشبا فتحول اثاثا او غزلا فنسج ، ومع ذلك اذا كان البيع فى تلك الحالات بثمن غير مؤجل ولم يتم تسليم المبيع ولا دفع الثمن ، وتخلف المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد ، فان

= والرهن العقارى قائلين بخضوع امتياز البائع لاجراءات الشهر (ديمولومب جـ٢٥ فقرة ٥٠٢ فى اشارته لراى جوردان جـ٤ ، جـ٥) غير ان القضاء الفرنسى لم يتردد فى الحكم بالفسخ فى كل من البيوع العقارية والبيوع المتعلقة بالمنقول (نقض مدنى ٢٠ ابريل سنة ١٨٢٧ ، ونقض مدنى ٢٦ مارس ١٨٢٨) حيث ان المادة ٧ من القانون الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ تربط دعوى الفسخ بالامتياز ، وبالتالى اختفى الغموض الذى كان قد اثير من قبل بعض الفقه الا ان بعض الشراح هناك ذهبوا الى القول بان النصوص ١٦٥٤ ، ١٦٥٥ ، ١٦٥٦ ، لا تتعلق الا بالعقار دون المنقول وان المادة ١٦٥٧ التى سبقت الاشارة اليها والتى تتضمن نفس المعنى الموجود فى المادة ٤٦١ من التقنين المدنى المصرى هى وحدها التى تطبق على المنقول

* Delvincourt, cours des droit civil 1824"P.157"
Durantion, cours de droit civil francais 4 ed 1844 XVI n'380.

غير ان غالبية الفقه الفرنسى والقضاء لم يأخذ بذلك لطبيعة مضمون كل من المادة ١٦٥٥ والمادة ١٦٥٧ ، ومنهم على سبيل المثال لارومير جـ٣ المادة ١١٨٤ فقرة ٤٢ لوران جـ٢٤ فقرة ٣٣٦ ، ديمولومب جـ٢٥ فقرة ٥٠٢ ، جيوار ، البيع جـ٢ فقرة ٧٠ ، هيك جـ١٥ فقرة ١٦٦ ، اوبرى ورو جـ٥ ص ٢٥٦ فقرة ٢٨٠ ، بودرى لاكترى وبارد جـ٢ فقرة ٩٠٦ ، جوسران جـ٢ فقرة ١١٣٩ ، بودرى لاكترى وسينا فقرة ٥٣٣ بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ١٦٠ ، كولان وكابيتان جـ٢ فقرة ٦٠٠ اما الاحكام القضاء محكمة باريس ٢٠ يولية سنة ١٨٣١ ، سيرى ٣٢-٢-٢٦ ، محكمة ليون ٢١ مارس ١٨٣٩ سيرى ٢٩-٢-١٢٣ .

البائع يستطيع ولو كان قد سلم المبيع ان يطلب فسخ العقد عن طريق القضاء ، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ او اعطاء المشتري مهلة لدفع الثمن .

٨٧ — ونعتقد ان النص السابق الذي يحمل رقم ٤٦١ والخاص بنوع معين من البيوع (بيع العروض والمنقولات) قد ورد لحكمة مفادها ما يتعرض له هذا النوع من البيوع من تغير الاسعار السريع ، والتعرض للتلف ، ولذلك فان التيسير يقتضي ان يكون للبائع التحلل من اعذار المشتري ومن الالتجاء الى القضاء ، بحيث تكون له حرية التصرف بمجرد عدم قيام المشتري بوفاء الثمن ، وحتى لا تضيع عليه فرصة ، بحيث يتعذر عليه بعد ذلك المحافظة على المبيع حتى صدور حكم من القضاء ، وهذا للنص يسري على البيوع المدنية ، والبيوع التجارية ، كما يسري بالنسبة للمنقولات المعينة بالذات والمعينة بالنوع (١) ولما كان هذا النص قد وضع لمصلحة البائع ، فلا يعني ذلك اطلاقا ان يرهق به المشتري ، فلا يقبل من البائع ان يتأخر في اعداد المبيع ليفاجأ المشتري بعد ذلك بما يقرره البائع من اعتبار البيع مفسوخا ، كما يجب ان لا يكون التأخر في تسليم الشيء المبيع للمشتري راجعا الى البائع .

والواضح ان هذا الحكم الذي قرره القانون يسري ولو لم يتفق المتعاقدان على ذلك في العقد ، فاذا لم يتفق المتعاقدان على اجل لدفع الثمن ، وتسليم المبيع فانه يجب مراعاة الاجل الذي يحدده العرف في الجهة التي ينفذ فيها العقد ، وبحلوله يكون للبائع الحق فيما يخوله اياه حكم المادة ٤٦١ ، ذلك لان تحديد الاجل عن طريق العرف يشبه تحديده عن طريق الاتفاق ، باعتبار ان سكوت الطرفين يفترض خضوعهم للعرف (٢) .

---

(١) نقض فرنسي عرائض ١١ يوليو ١٨٢٢ ، داللوز ١٨٨٣ — ١ — ٢٠٤ ، مجمعة دوري في ١٦ نوفمبر ١٨٩٥ ، داللوز ١٨٨٦ — ٢ — ١١٢ ، نقض مدني في ٣ ابريل سنة ١٩٢٢ ، داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢ ، انظر في نفس المعنى ايضا ، بودري لاكتري وسينا فقرة ٥٩٩ وفقرة ٥٩٦ ، لوران ج٢٤ فقرة ٣١٢ مكرر وفقرة ٣١٤ ، اوبري ورو ج٥ فقرة ٣٥٦ هامش ٥ (والمراجع الواردة فيه ، مازو ج٣ فقرة ١٠٢٥) .

(٢) الاستاذان نجيب الهلالي وحامد زكي شرح البيع ص ٤٢٤ فقرة ٤٢٥ وما بعدها لوران ج٢٤ فقرة ٣١٥ ص ٣٠٨ ، بودري لاكتري وسينا البيع فقرة ٥٩٨ ، ومازو ج٣ فقرة ١٠٢٥ . وعلى العكس اذا لم يتفق على ميعاد على النحو الاسبق ولم يكن هناك عرف يحدد اجلا فان نص المادة لا ينطبق ، اذ يكون السوغ موجها بالتال [illegible]

فاذا توافرت الشروط الخاصة التى حددتها المادة السابقة والتى تنحصر فى ان يكون المبيع من العروض او غيرها من المنقولات ، وان يكون هناك اتفاق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ، ثم حصل الاخلال من جانب المشترى ، كان للبائع وحده ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار او حكم قضائى ، غير انه يجوز للبائع باعتبار ان هذا النص قد وضع لمصلحته ، ان يتنازل عن استعمال هذا الحق الذى تخوله اياه المادة ٤٦١ من التقنين المدنى ويختار طريق المطالبة بالتنفيذ ، وهذا ما اوضحه النص السابق فى قوله " يكون البيع مفسوخا اذا اختار البائع ذلك ، ومع ذلك لا بد من ان يكون قصد البائع الى النزول محددا وللقاضى فيما يطرح عليه من نزاع فى هذا الشأن كامل السلطة فى تقرير حقيقة حصول مثل هذا التنازل من البائع . وليس لمحكمة النقض من رقابة عليه .[١]

والثابت ان هذا النص لا يتعلق بالنظام العام[٢] فعبارة " مالم يوجد اتفاق على غيره " توضح هذا المعنى ، يضاف الى ذلك ان هذا النص يعتبر نصا استثنائيا ، فاذا لم تتوافر شروط تطبيقه ، طبقت القواعد العامة فى الفسخ القضائى او الاتفاقى بحسب الاحوال[٣] .

٨٨ - والجدير بالذكر انه قد تقوم امام البائع عند استرداده لما قدمه للمدين بناء على العقد عقبة تحول دون هذا الاسترداد فى حالة المطالبة بالفسخ ، وتتمثل هذه العقبة فى القاعدة المعروفة : " الحيازة فى المنقول سند الحائز " الواردة فى المادة ٩٧٦ من القانون المدنى ، والتى تقول " من حاز بسبب صحيح منقولا ، أو

= ميعاد التسليم واجبا فى الحال فور البيع ، كذلك لا يسرى النص فيما اذا حدد ميعاد لدفع الثمن وميعاد اخر لتسليم المبيع ، وعليه حتى يطبق نص المادة ٤٦١ يجب ان يتحدد ميعاد للدفع والتسليم معا والا طبقت القواعد العامة فى الفسخ لان هذا النص استثنائى لا ينطبق الا اذا توافرت شروطه (نقض فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ ، طعن ٦٢ س - ١٣ (محرر عن احكام النقض فى ٢٥ سنة تحت فسخ) .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ ابريل سنة ١٩٥٠ دالوز الاسبوعى ١٩٥١ ص ٣٦ ، نقض مدنى فرنسى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١٢٥) بودرى لاكنترى وسينيا البيع فقرة ٦٠٠ ، اوبرى ورو جـ٥ فقرة ٣٥٦ .

(٢) انظر فى هذا المعنى د . جميل الشرقاوى ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ١٩٦٦ ص ٣١٣ .

(٣) فى نفس المعنى [illegible]

حقا عينيا على منقول ، او سندا كاملة ، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النيـة وقت حيازته ، فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فـي اعتباره الشي خاليا من التكاليف والعقود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة لـه والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقم الدليـل على عكس ذلك [1] . واذا كان الفسخ جائزا فى العقود ذات المنقـولات المـاديـة فهو جائز ايضا فى العقود المتضمنه لمنقولات معنوية وكمـا هو جائز فى البيوع المدنية ، فهو يطبق ايضا فى البيوع التجارية ، غير ان مسألـة افلاس المشترى قد تمنع البائع من المطالبة بفسخ عقد البيع ، وذلك فى الحالة التـي تكون فيها البضائع قد سلمت الى المشترى المفلس ، ودخلت مخازنه ، او مخـازن الوكيل بالعمولة المكلف ببيعها لحسابه وقت شهر الافلاس [2] ، وليس للبائع فى هـذه الحالة الا الدخول فى تفلسة المشترى ، باعتباره دائنا عاديا ، والعلة فى ذلـك ان دخول البضاعة فى حيازة المشترى يجعلها عنصرا من عناصر الائتمان التى يعتمد عليها دائنوا المفلس العاديون عند تعاملهم معه ، ومن ثم لابد من التضحيـة بمصالح البائع فى سبيل مقتضيات الائتمان [3] .

اما فيما يتعلق ببيع المحل التجارى باعتباره منقولا معنويا ، نجد ان القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحلات التجارية ، قد نظم حق البائع فى المطالبة بفسخ العقد جامعا معه حق الامتياز الممنوح له بمقتضى بعض الشروط ، حيث استمد امتياز البائع بطريق القياس على الحكم الذى نظمته المادة الخامسة فى الفقرة الثانيـة من القانون السالف الذكر .

وقد اشترط المشرع فى دعوى الفسخ المتعلقة بالمحل التجارى بعـض الشروط حتى تكون لها الحجية فى مواجهة الغير ، منها شهر دعوى الفسخ (المادة ٥ فقرة ١) ، وان يكون البائع قد احتفظ صراحة فى القيد بحقه فى الفسخ ، فـاذا لم يفعل ذلك صراحة ، فلا يكون للحكم الصادر بالفسخ اى حجية فى مواجهة الغيـر ويسترد البائع المحل محلا بالحقوق المقررة لصالح الغير .

---

(١) انظر فى نفس المعنى لبليته الرسالة السابقة ص ٩٥ .
(٢) انظر مصطفى كمال طه ـ اصول الافلاس فقرة ١٧٩ ص ١٦٧ ، على البارودى الوجيز فى القانون التجارى سنة ١٩٦٩ فقرة ٢٠٥ ص ٣١٦ .
(٣) القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠

ولا يمنع الافلاس في هذا النوع من البيوع من رفع دعوى الفسخ ، استثناء من حكم المادة ٣٥٤ التي تحرم على البائع بوجه عام فسخ البيع اذا دخلت المنقولات في حيازة المشتري ، اذا روعي في ذلك ضمان حقوق البائع في المحل التجاري [1] .

٨٩ – واذا ما كان الاخلال من جانب المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن فـــأن القواعد العامة في الفسخ (المادتان ١٥٧،١٥٨) تنطبق بدون صعوبة على هذه الصورة .

فعندما يتخلف المشتري عن دفع الثمن في الميعاد ، يكون للبائع فيمـا له من ضمانات ان يطلب فسخ البيع طبقـــا للقـــواعـــد العامـــة [2] ويكفي لجواز طلب الفسخ ان يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله او بعضه [3] . او أن يتخلف عن دفع الفوائد وحدها اذا كان الثمن لم يحن وقت دفعه ولكن حل ميعـــاد

(١) وفي هذا السياق تقول المادة ٣٨٣ تجاري " بانه يجوز استرداد البضائع المرسلة للمفلس ، المباعة اليه مادامت لم تسلم الى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالعمولـــة المأمور ببيعها على ذمته ، اذا كان المفلس المذكور لم يدفع الثمن كله ولو تحررت به منه ورقة تجارية او دخل في الحساب الجاري بينه وبين البائع له " اما المادة ٨٤ تجاري فتقول " ومع ذلك لا يقبل طلب رد البضائع اذا كان المفلس باعهـــا قبل وصولها وكان البيع بدون تدليس بناء على قائمتها الدالة على ملكية لها ، كذلك المادة ٣٨٧ تجاري فتقول " اذا كانت البضائع المباعة للمفلس لم تسلـــم اليه ، ولم ترسل له ولا لانسان اخر على ذمته ، يجوز لبائعها الامتناع عـــن تسليمها " انظر المواد ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٨، ٣٨٩ تجاري ، (وانظر كذلــك القانون الصادر في ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ في فرنسا والخاص بدعوى الفسخ وحق الامتياز في بيع المنقولات التجارية .

(٢) انظر في هذا المعنى نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ ونقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢، ونقض مدني ٢١ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٣٣٠، ونقض ٨ مـــارس سنة ١٩٥١ ، وانظر كذلك بلانيول ريبر وهامل جـ١٠ فقرة ١٦١ ص ١٨٤ وهامـش رقم ٢ ، وبودري لاكنري وسينيا في عقد البيع فقرة ٥٤٦، الدكتور جميل الشرقاوي البيع والمقايضة المرجع السابق فقرة ٨٢ .

(٣) واذا اشترط البائع على المشتري في حالة تأخره عن دفع قسط ما ان تحل الاقساط الباقية فاذا تأخر المشتري عن دفع القسط فان هذا لا يمنعه من طلب الفســخ (استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٥) واذا اختار البائـــع المطالبة بدفع الاقساط الباقية او المتأخرة فذلك لا يمنعه اذا استمر المشتري في عدم الدفع من طلب الفسخ ، واذا اشترط البائع على المشتري الا يبيع المبيـــع المشترى ...

الفوائد ولم يدفعها المشتري ...

ويستحق الوفاء بالثمن في المكان الذي سلم فيه المبيع ، هذا ما لم يوجد اتفاق او عرف يقتضي بغير ذلك (الفقرة الاولى في المادة ٤٥٦م) فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم فانه يجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه (الفقرة من المادة ٤٥٦) اما الفقرة الاولى في المادة ٤٥٧ فتقضي بان الثمن يكون مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك.

وهكذا اذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في المكان او الوقت الذي يجب اداؤه فيه فان للبائع فيما له من ضمانات ان يطلب فسخ البيع طبقا للقواعد العامة الواردة في المادتين ١٥٧ ، ١٥٨ من التقنين المدني .

إلا ان القضاء مازال مترددا في الحكم بفسخ البيع لمجرد التأخير في اداء الثمن(١) .

ويستوي ان يكون الثمن الواجب دفعه من قبل المشتري مالا او ايرادا دائما اي ايرادا مرتبا لمدى الحياة .

= بالرهن (استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص ٣١) وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض ، بانه المشتري لا يعتبر انه قد اوفى بالتزامه كاملا اذا لم يودع الثمن وما استحق عليه من فوائد حتى وقت الايداع (نقض مدني في ٦ مارس ١٩٥٢ ص ١٠٥ س٢٠ ف مجموعة احكام النقض في ٢٥ سنة تحت بيع قاعدة ١٠٧) ونفس المعنى في حكمها الصادر في ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ تحت القاعدة ١٠٨ من الموضع نفسه .

(١) محكمة استئناف مصر في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ مرجع القضاء ص ٦٩٧ رقم ٨٣١ وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ ص ١٥٧٣ رقم ٦١٠٦ ، ومحكمة الزقازيق الكلية في ٧ مايو سنة ١٩٠٦ مرجع القضاء ص ٦٩٥ رقم ٢٨٢٣ ، ومحكمة النقض المصرية في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٢ في قولها " لما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصومه الشرط الفاسخ ان يقضي به انما خوله سلطة تقديرية ، فله ان يحكم به وله ان يعطي المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونها والا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه (مجموعة احكام النقض سنة ١٩٥٠ ص ٣٧٣ رقم ٩٤) وانظر في نفس المعنى نجيب الهلالي وحامد زكي المرجع السابق ص ٤٤٣ .

فمتى تخلف المشترى عن دفع قسط من اقساط الدخل الدائم La rent perpétuelle جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط ان يتأخر المشترى عن دفع قسطين في سنتين متواليتين كما هو منصوص عليه في القانون المدني الفرنسي (المادة ١٩١٢) ذلك لان هذا الشرط ليس ضروريا في التقنين المدني المصرى لرفع دعوى الفسخ ولكنه ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخل الدائم (المادة ٥٤٧) (1) .

---

(1) تقول المادة ٥٤٧ " يجبر المدين على الاستبدال في الاحوال الاتية :
أ - اذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين رغم اعذاره
ب - اذا قصر في تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات او اذا انعدمت التأمينات ولم يقدم بديلا عنها .
جـ - اذا أفلس او اعسر .
اما المادة ١٩١٢ من القانون المدني الفرنسي فتقول " للمدين بدفع الراتب السنوى المؤبد إن يجبر على " ما اقترضه من رأس المال في حالة ما اذا قصر مدة سنتين في تأدية ما التزم به من دفع المرتب، واذا عجز هذا المدين عن الوفاء بالضمانات المشروطة في سند العقد " وقد اختلف الفقه الفرنسي بخصوص ما ورد في المادة السابقة فمنهم من قال بحق الدائن بالمرتب المؤبد في المطالبة بالفسخ العقد دون تحديد ، منهم جيوار في البيع فقرة ٥٦٢ ، اوبرى ورو اوبرى جـ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤٠ ، بودرى لاكنتزى وسينا في البيع فقرة ٥٣٨ ، ومنهم من اخذ بحرفية نص المادة ١٩١٢ اذ يقصر المطالبة بالفسخ على تخلف قسطين لسنتين (بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ١٦٣ ، بلانيول وريبير بولنجيه جـ٢ فقرة ٥٨٧ ، كولان وكابيتان جـ٢ فقرة ٥٩٣ ، جوسران جـ٢ فقرة ١١٤١ ، اما من جهة الشيء المقدم في مقابل دفع الايراد ، فتذهب غالبية الفقه الفرنسي الى الاخذ بالتفسير الواسع للمادة ١٩١٢ في كون هذا الشيء رأسمال او عقارا ويقول هامل في هذا الصدد :

" Il semble bien que cette interprétation extensive de l'article 1912, doive être préfer que le crédirentier ait aliéné un immeuble ou un capital. en numéraire, une valeur est toujour sortre de son patrimoire, dans un cas comme dans l"autre les .obligations de débirentier sont les mêmes on ne voit pas alors pourquoi les deux rentes foncieres ou constituée dont le mecanisme est identique, seraint somise à des regimes juridiques differents "planiol Ripert Hamel ; X, N'163."

وترجمة : يبدو لنا ان التفسير الواسع للمادة ١٩١٢ محل تفضيل ، ذلك لان الدائن بالريع قد تصرف في عقار او رأسمال نقدى على اساس ان يخرج ذلك من ذمته المالية في كافة الاحوال ، وسواء تعلق الامر بهذا او بذلك ، فان التزامات المدين بالايراد

٩٠- ونفس الامر اذا تخلف المشترى عن دفع قسط من اقساط الايراد او المرتب لمدى الحياة فان للبائع الحق فى رفع دعوى الفسخ والمطالبة برد ما سبق له ان قدمه من بيع وثمراته من وقت القبض ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٧٤٦ من التقنين المدنى ، حيث تقول " اذا لم يقم المدين بالايراد la rente viagére بالتزامه كان للمستحق ان يطلب تنفيذ العقد ، فاذا كان العقد بعوض جاز له ايضا فسخه مع التعويض اذا كان له محل اما فيما يتعلق بمصروفات البيع ، فاذا كان الاتفاق يتضمن ان يقوم المشترى بردها الى البائع فى حالة ما اذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشترى ، فان للبائع الحق فى ان يطالب بفسخ عقد البيع فى حالة تخلف المشترى عن ردها اليه على اعتبار ان مصروفات البيع ملحقة بالثمن . اذ هى نابعة من التزام فى ذمة المشترى فى عقد ملزم للجانبين ، فاذا تخلف المشترى عن القيام بهذا الالتزام كان للبائع الحق فى المطالبة بفسخ عقد البيع ، وتزيد على هذا القول بان القاضى يملك فى هذه الحالة سلطة تقديرية واسعة ، لانه قد ينظر الى تلك المصروفات على انها قليلة الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .

اما فى الحالة التى يكون فيها الشيء المبيع من الاشياء التى تنتج ثمارا فقد قضت محكمة النقض فى ١٣ مارس ١٩٥٢ بانه اذا كان المبيع ينتج ثمار وتسلمه المشترى ، واودع الثمن خزانة المحكمة دون الفوائد ، وهى مستحقة فى هذه الحالة بمجرد تسلم المبيع ، ما لم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحا ، جاز للبائع طلب الفسخ (١) .

٩١- وبحسب الاساس الثالث وهو شكل عقد البيع ، فالمعلوم ان هذا العقد يعتبر بحسب الاصل رضائيا consensuel يتم بمجرد الايجاب والقبول ولا يشترط لانعقاده شكل خاص ، واذا اشترطت الكتابة لاتمام العقد فان الامر يتطلب ان نبحث عن معنى هذا الشرط فى نية المتعاقدين ، اذ الاصل اعتبار الكتابة للاثبات ، ولا تهم وسيلة التعبير عن الارادة فى عقد البيع فقد يتم باللفظ او بالكتابة . وهذا النوع من العقود يكون الاصل فيه انه عقد محدد commutatif طالما كان فى استطاعة كل من طرفيه ان يحدد مقدار ما يعود عليه من العقد منذ انعقاده ، وطالما ان هذا التحديد لا يعلق على امر غير معلوم او احتمالات .

واذا كان الغالب من الحالات ان يكون عقد البيع محددا فانه مع ذلك

---

(١) مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٣٠ .

يوجد من البيوع ما يكون احتماليا ، مثال ذلك ما اذا كان المبيع يتكون من حق انتفاع او كان الثمن ايرادا مرتبا لمدى الحياة[1] .

واذا كان كلامنا فيما تقدم قد دار حول البيوع الخاصة بالممارسة فكيف يكون الموقف في حالة البيوع القضائية التي تتم عن طريق المزاد العلني (سواء كانت جبرية او اختيارية ايكون للمدين البائع الحق في المطالبة بفسخ هذا البيع عندما يتخلف من رسا عليه المزاد عن دفع الثمن . اتكون له مصلحة في القيام بذلك لو كان قاصرا وبيع عقاره بالمزاد ، ثم لم يصل الى ثمن مناسب له اوانه لا يتوقع وصوله الى ثمن مناسب اذا اعيد بيعه على من رسا عليه المزاد فيفسخ البيع بدلا من اعادته ، ومن ثم يرد المبيع للقاصر . او ما قد يحدث مثلا عندما تتحسن حالته بعد اتمام البيع ، بحيث يصير قادرا على وفاء ديونه ، حيث تقوم مصلحته بالاسترداد (استرداد المبيع) بدلا من اعادة البيع وذلك عن طريق فسخ هذا البيع ... ؟ يمكن القول للاجابة على ذلك انه من الممكن ان يتحقق ذلك في ظل القانون الفرنسي[2] ، كذلك في ظل القانون الخاص بالاجراءات المدنية (المرافعات) الملغي[3] . اما في ظل القانون الجديد فان المشرع لم يترك مجالا للذي رسا عليه المزاد لكي يتخلف عن اداء الثمن ، اذ يوجب عليه ان يودع حال انعقاد جلسة البيع كامل الثمن الذي اعتمد للشيء المبيع علاوة على المصاريف ورسوم التسجيل ، وعندئذ تحكم المحكمة بايقاع البيع عليه ، فاذا وقع البيع عليه اعتبر مشتريا ، وهو لن يكون كذلك الا اذا اوفى بما عليه من التزامات من ثمن اومصاريف ورسوم التسجيل .

ولهذا فاننا نعتقد بانه لا مجال للقول بوجود الفسخ في هذه الحالة عند التخلف عن اداء الثمن كله او بعضه حيث يلزمه القانون باداء الثمن كاملا[4] (المادة

---

(١) انسكلوبيدى داللوز جـ٥ تحت كلمة بيع vent رقم ٨ — وانظر في هذا المعنى بودرى لاكترى وسينيا البيع والمقايضة مطول ٢ فقرة ٣ ص ٣ ، جميل الشرقاوى عقد البيع والمقايضة فقرة ٨ ص ٢٠ المراجع السابق ، عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع سنة ١٩٥٧ فقرة ٢٦٥ ، توفيق حسن فرج عقد البيع والمقايضة ١٩٧٠ ص ٢٩ .

(٢) بودرى لاكترى وسينيا البيع فقرة ٥٤٠ ، بلانيول وريبر وهامل جـ١٠ فقرة ١٦٠ ص ١٨٣ وهامش ١ — ٢ كولان وكابيتان جـ٢ فقرة ٩٥٢ .

(٣) الاستاذان احمد نجيب الهلالي وحامد زكى ، البيع فقرة ٤٤٤ ، السنهورى جـ٤ ص ٨١٩ وانظر كذلك المادة ٦٨٤ من القانون الملغي (احمد ابو الوفا اجراءات التنفيذ طـ٢ فقرة ٣٦٢ ، حيث يشير الى حق المدين في الاحتفاظ بملكية العقار حتى يوم المزايدة الثانية .) .

(٤) لقد كان القانون الملغي يعطي للراسي عليه المزاد الحق في ان يودع عشر الثمن حال انعقاد الجلسة على ان يقوم بايداع الباقي بعد ثلاثة اشهر لصيرورة البيع

٤٤٠ من قانون المرافعات الجديد) .

اما فى الحالة التى لا يودع فيها من رسا عليه المزاد الثمن كاملة فان البيع يؤجل ولا يحكم القاضى بايقاع البيع عليه الا اذا اودع الثمن فى الجلسة التالية، وهذا يعنى ان البيع لن يتم الا اذا تم ايداع الثمن كاملا ، ومن ثم لا مجال للمدين فى ان يتقدم بطلب فسخ البيع .

غير انه اذا اراد المدين ان تعود اليه الاشياء المحجوزة ويزول عنها الحجز فان قانون المرافعات الجديد قد اعطاه الحق فى ان يودع مبلغا من النقود مساويا للديون المحجوز من اجلها والفوائد والمصاريف يخصص للوفاء بها دون غيرها ، و وهذا فى اى حالة كانت عليها الاجراءات وقبل وقبل ايقاع البيع ، ويترتب على هذا الايداع زوال الحجز عن الاموال المحجوزة وانتقاله الى المبلغ المودع (المادة ٣٠٢ وما بعدها من نفس القانون) وهذا بالطبع لا يعد فسخا من جانب المدين (١) .

والخلاصة هى انه اذا كنا قد اقمنا الفسخ فى عقد البيع على ثلاثة اسس فان هذا لا يعنى اننا قد احطنا بصفة تفصيلية بكل احوال الفسخ فى عقد البيع، وخاصة اننا لم نسر على الطريق التقليدى ، فى تقسيم الفسخ الى فسخ يتم عن طريق المطالبة به امام القضاء ، او يتم بمقتضى اتفاق فى العقد . ذلك لان المهم هنا هو دراسة احوال الفسخ بصفة عامة فى هذا العقد .

ثم اننا لم نذكر التزامات البائع وما يترتب على الاخلال بها من آثار، والثابت

---

(١) وقد يقترب الامر بين عقد البيع ،وحالة نزع الملكية للمنفعة العامة l'expropriation pour cause d'utilite publique لكننا نعتقد ان هذه الحالة لا يمكن ان يرد عليها الفسخ ،ذلك لان العقار الذى دخل فى نطاق الملكية العامة لا يمكن ان يعود مرة اخرى ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٦ من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة ،اذ تقول " بان دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية لا توقف اجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها ، وينتقل حق الطالبين الى التعويض،وفى نفس المعنى القانون الصادر فى ٣ مارس سنة ١٨٤١ ، انظر فى ذلك بودرى لاكنرى وسينيا البيع فقرة ٥٤١ ، كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ٦٠٣ ، بلانيول وريبير وهامل ج ١٠ فقرة ١٦١ تعليق رقم ٢ ، السنهورى الوسيط ج٤ هامش ص ٨٢٥ .

ان اهم التزامات البائع تنحصر فى الالتزام بتسليم المبيع ، فاذا امتنع عن التسليم او تأخر فيه يكون للمشترى الحق طبقا للقواعد العامة فى ان يطلب فسخ العقد [1] .

(١) ولا ننسى ان هناك التزامات اخرى على البائع ، مثل الالتزام بضمان الاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية ، كما يكون البائع مسؤولا عن نقص مقدار المبيع بحسب ما يقضى به العرف (المادة ٤٣٣) .

المطلب الثاني

عقد الايجار

DE CONTRAT DE LOUAGE - LE LOUAGE DE CHOSES

٩٢ - تعرف المادة ٥٥٨ من التقنين المدني عقد الايجار بانه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم.(١).

وعقد الايجار عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكل خاص، وهو عقد ملزم للجانبين يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وذلك بتسليمه تلك العين الى المستأجر في حالة صالحة للانتفاع، لا في حالة تكون عليها وقت بدء الانتفاع، اذ هو التزام ايجابي، ويلتزم المستأجر في المقابل بدفع الاجرة.

ويترتب على ذلك انه اذا اخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الاخر المطالبة او التمسك بالفسخ.

غير ان اهم مميزات هذا العقد هي انه عقد يرد على المنفعة دون الملكية الى جانب انه عقد مستمر، والالتزامات التي تنشأ منه ولو انها تنشأ فور العقد الا ان تنفيذها لا يتم الا خلال مدة تستمر وقتا قد يطول او يقصر، وهذه المدة هي من اهم العناصر الجوهرية فيه، ولذا يقال بانه عقد مؤقت وعقد مستمر.

وهذا العقد لا ينشئ الا التزامات شخصية، دون ان ينتقل به حق عيني، ولذا يعرف بانه عمل من اعمال الادارة لا من اعمال التصرفات(٢)

---

(١) في نفس المعنى المادة ١٧٠٩ من القانون المدني الفرنسي، حيث يقول، بان عقد الايجار هو عقد يلتزم به احد المتعاقدين ان يجعل المتعاقد الاخر ينتفع بشيء مدة معينة باجرة محددة يلتزم هذا الاخير بدفعها. وتعرف الشريعة الاسلامية هذا العقد بانه تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظرة العقلاء، بعوض يصلح اجرة. المادة ٥٧٧ من مرشد الحيران، هذا ويعتبر الحنفية ان المنفعة معدومة وان بيع المعدوم باطل، غير انهم اجازوا هذا العقد استحسانا، او على سبيل الاستثناء دفعا للحرج عن العباد، غير ان هذا الموقف كان محل تقدير كل من الاستاذين علي الخفيف في كتابة المعاملات الطبعة الثانية ص ٢٣، ومحمد ابو زهرة في كتابه الملكية والعقد ص ٢٥٨ (مشار الى ذلك عند سليمان مرقس عقد الايجار هامش صفحة ١٦.

(٢) انظر في هذا المعنى السنهوري ج٦ ص٥، عبد الفتاح عبد الباقي عقد الايجار ص ١٨ وما بعدها، وانظر بودري لاكنتري وفال ج١ فقرة ١ وما بعده، بلانيول وريبير وهامل ج١٠ ص ٤٨١.

وطالما ان حالات الفسخ فى هذا العقد كثيرة فان القواعد العامة الواردة فى المواد ١٥٧، ١٥٨ نجد لها مجالا واسعا فى هذا المضمار.

فالمادة ١٥٧ من الممكن ان تنطبق على كل حالة يكون فيها احد طرفى العقد مخلا بالالتزامات التى يفرضها هذا العقد .

واذا نص فى عقد الايجار على انه فى حالة مخالفة المستأجر لاى شرط من شروطه يكون للمؤجر فسخ العقد بدون تنبيه او اتخاذ اجراءات قانونية ، كان مؤدى ذلك ان يصبح العقد مفسوخا بمجرد تقصير المستاجر ، فاذا انذر المستأجر بذلك زاد هذا الحق تأكيدا (١) (المادة ١٥٨) .

وتنحصر التزامات المؤجر فى تسليم العين المؤجرة تسليما صحيحا هى وملحقاتها والالتزام بالصيانة ، الى جانب الالتزام بضمان التعرض الشخصى او التعرض القانونى من الغير وضمان العيوب الخفية .

٩٣ - ففى الالتزام الخاص بتسليم العين المؤجرة وملحقاتها تسليما صحيحا تقول المادة ٥٦٤ من التقنين المدنى " يلتزم المؤجر ان يسلم العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معها لان تفى بما اعدت له من المنفعة وفقا لما تم عليه الاتفاق او لطبيعة العين .

وفى حالة الاخلال بهذا الالتزام فان المادة ٥٦٥ من التقنين المدنى تملك حكم هذا الاخلال فى قولها " اذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذى اجرت من اجله او اذا نقص هذا النوع من الانتفاع نقصا كبيرا ، جاز للمستأجر ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض فى الحالتين اذا كان لذلك مقتضى، فاذا كانت العين المؤجرة فى حالة من شأنها ان تعرض صحة المستأجر او من يعيشون معه او مستخدميه او عماله لخطر جسيم ، جاز للمستاجر ان يطلب فسخ العقد ولو كان قد سبق له ان نزل عن هذا الحق (٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة استئناف مصر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ " المحاماة السنة التاسعة عشر ص ٩٥٤ رقم ٣٨٩ .

(٢) وهذا ما اكدته فعلا محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ حيث قالت " بان التسليم الصحيح للعين المؤجرة لا يكون الا بتسليم العين جميعها هى وملحقاتها تسليما يتمكن به المستاجر من الانتفاع بالعين انتفاعا كاملا دون حائل ويكون ذلك فى الزمان والمكان الواجبين او المتفق عليهما ، فتسلم جزء من العين او العين دون ملحقاتها او تسليم العين فى حالة غير حسنة ، او عدم قيام المؤجر بـ [illegible]

وهكذا يتضح لنا مما تقدم بانه اذا امتنع المؤجر من تسليم العين المؤجرة او سلمها تسليما غير صحيح ، بحيث سلمها في مكان اخر غير المتفق عليه او بحالة غير الحالة الواجب تسليمها عليها ، يكون للمستأجر الحق اما ان يطالب بالتنفيذ العيني وفقا للمادة ٢٠٤ من التقنين المدني [1] او ان يطالب بالفسخ طبقا للقاعدة العامة التي قررتها المادة ١٥٧ من نفس التقنين .

غير انه لا يجوز للمستأجر ان يطلب بتسليم الشيء المؤجر عينا اذا كان ذلك الشيء مملوكا لغير المؤجر او مشغولا بمستأجر اخر مفضل عليه وفقا لاحكام القانون ومن ثم يقتصر حق المستاجر على المطالبة بالتعويض . [2]

وللمستأجر ايضا الحق في المطالبة بفسخ عقد الايجار اذا تأخر المؤجر عن تسليم العين المؤجرة ، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية واسعة بحيث اذا ترتب على هذا التأخير ضرر جسيم بالمستأجر لم تعد هناك من فائدة ترجى من تنفيذ المؤجر لالتزامه ، وبالتالي جاز للقاضي ان يحكم بفسخ عقد الايجار [3]

ولا شك في ان الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر (٥٦٥) قد اشارت بصراحة الى سبب خاص يتعين على المحكمة ان تقضي بصدده بفسخ العقد ، وهو ان تكون العين المؤجرة في حالة من شأنها ان تعرض صحة المستأجر او من يعيشون معه او مستخدميه او من عماله لخطر جسيم ولو كان قد سبق ان نزل عن هذا الحق ، فاذا قام هذا السبب وطلب المستأجر الفسخ فان المحكمة لا تملك الا ان تقضي له بما طلب لان تعرض صحة الاشخاص للخطر امر يتعلق بالنظام العام ، وفي حالة ما اذا ترتب على ذلك ضرر بالمستأجر ومن معه يجوز له طبقا للمسؤولية العقدية ان يطالب بالتعويض .

= صحيحا ولا يمكن للمؤجر ان يجبر المستاجر على ان يحتذى به عن التسليم الصحيح وللمستاجر في جميع الاحوال ان يطلب الفسخ او انقاص الاجرة مع التعويضات اللازمة وفقا لحكم المادة ٥٦٥ (مجموعة احكام النقض ٨ رقم ٣٣ ص ٢٦٥) .

(١) تقول المادة ٢٠٣ " بانه يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ١٢٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

(٢) انظر في هذا المعنى لوران جـ٢٥ فقرة ١٠٦ ، بودري لاكتري وفال جـ١ فقرة ٣٠٨ السنهوري جـ٦ فقرة ١٩٦ ص ٢٣٩ ، سليمان مرقس ، عقد الايجار سنة ١٩٦٨ فقرة ١٩٥٥ ص ٩٥ ـ عبد الفتاح عبد الباقي في الايجار فقرة ١١٢ ص ١٢٣ ، منصور مصطفى منصور في الايجار فقرة ١٧٩ ص

(٣) غير ان بعض الفقه يذهب الى القول بان مجرد التأخير في التنفيذ من قبل المؤجر في التسليم لا يبرر فسخ العقد الا اذا كان باختياره ، وترتب على ذلك ضرر جسيم

يضاف الى ما سبق انه يجوز للمستأجر ان يطلب فسخ عقد الايجار اذا كان هناك نقص بالعين المؤجرة يكون من الجسامة بحيث لو كان يعلمه لما اتم العقـــــد ، وهذا مستفاد من نص المادة ٥٦٦ من التقنين المدني في احالتها الى الاحكـــــام الخاصة بالالتزام بتسليم العين المبيعة وهي الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣.

٩٤ — وفي الالتزام الخاص بالصيانة نجد المادة ٥٦٧ تلزم المؤجر بأن يتعهد — العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها وان يقوم في اثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأخيرية " فاذا اخل المؤجر بهذا الالتزام جاز للمستأجر طبقا للقواعد العامة ان يطالب بالتنفيذ العيني وذلك بالقيام بالاصلاحات الضرورية ،أو ان يطالب بفسخ العقد مع التعويض في الحالتين ان كان له محل [1].

وللمستأجر ايضا الحق في المطالبة بفسخ عقد الايجار اذا تأخر المؤجـــر عن تسليم العين المؤجرة ، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية واسعة بحيث اذا ترتب على هذا التأخير ضرر جسيم بالمستأجر لم تعد ثمة فائدة ترجى من تنفيذ المؤجـــر لالتزامه وبالتالي جاز للقاضي ان يحكم بفسخ عقد الايجار. [2]

هذا ويلاحظ ، كما سيشار الى ذلك فيما بعد ان لكل من المتعاقديـــن الحق في النزول مقدما عن الحق في الفسخ والاكتفاء فقط بالمطالبة بالتنفيذ .

وكما سبق ان اسلفنا عند الكلام في طبيعة الفسخ باعتباره جزاء ، انه ليس

---

(١) غير ان بعض الفقه يذهب الى القول بان مجرد التأخير في التنفيذ من قبل المؤجر في التسليم لا يبرر فسخ العقد الا اذا كان باختياره ، وترتب على ذلك ضرر جسيم بالمستأجر

(٢) انظر في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٩ نوفمبر سنة ١٩٠٩ سيرى (جهوار جـ١ فقرة ٣٠٠ ، بودري لاكتري وقال جـ١ فقرة ٣٠٩ ، بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ٥٠٣ .

(٢) غير ان البعض الفقه يذهب الى القول بان مجرد التأخر عن التسليم لا يبرر فســـخ العقد الا اذا كان باختيار المؤجر ، ترتب عليه ضرر جسيم (جيوار عقد البيع فقرة ٣٠٠ ، بودري لاكتري وقال جـ١ فقرة ٣٠٩ ، بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ٥٠٢) ولا يرى الاستاذ السنهوري اهمية للخلاف في جواز الفسخ لمجرد التاخر فـــي التسليم ، اذ ان الفسخ جوازي في كل الاحوال وللقاضي الا يحكم به اذا لا يوجـــد ما يبرره وهو اشد ميلا لعدم القضاء به اذا كان كل ما فعله المؤجر هو مجرد تأخره عن التسليم دون ان يعتمد ذلك ولم يصب المستأجر من وراء ذلك ضرر جسيم وان القاضي يحكم بفسخ الايجار ولمجرد التأخر في التسليم اذا ترتب على هذا التأ...

من النظام العام وبالتالي لا يمنع قانونا ان يتم النزول عنه مقدما باتفاق الاطراف ، فكل شخص له كقاعدة عامة ان يستعمل حقوقه كيفما شاء وفي اي وقت يشاء وكل ذلك في اطار القانون، وقد يكون هذا النزول اما صراحة او بصورة ضمنية . ويمكننا القول ان هذا الامر ينطبق على المستأجر الذي له الحق في النزول سلفا عن المطالبة او التمسك بالفسخ في حالة اخلال المؤجر باي التزام على عاتقه . غير ان هذا الامر لا يكون مقبولا من الناحية القانونية اذا اصطدم باعتبارات النظام العام والاداب اللذين يعلوان على الحقوق الخاصة، من ذلك مثلا الحالة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة ٥٦٥ والتي اشارت بصراحة الى سبب خاص يتعين على المحكمة ان تقضي بصدده بفسخ العقد حتى ولو كان صاحب الحق في الفسخ قد نزل عنه قبل المطالبة به ، وهذا السبب هو ان تكون العين المؤجرة في حالة من شأنها ان تعرض صحة المستأجر او من يعيشون معه او مستخدميه او عماله لخطر جسيم ، كان تكون العين ايلة للسقوط ، او ان تحتوي على مكروبات مرض معد او نحو ذلك . فاذا قام هذا السبب ، وطلب المستأجر الفسخ ، لم تملك المحكمة الا ان تقضي له بما طلب ، حتى ولو كان سبق للمستاجر ان نزل عن هذا الحق ، اما اذا تسلم المستأجر العين في هذه الحالة واصابه الضرر منها ، وثبت تقصير من جانب المؤجر ، جاز له ان يطلب تعويضا عما اصابه من ضرر الى جانب الفسخ ، وفي هذا الصدد تقول المذكرة للمشروع التمهيدي " بانه اذا كان الاخلال بالالتزام يرجع الى العين التي سلمت في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي اجرت من اجله او نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، فان المستأجر يكون بالخيار بين الفسخ او انقاص الاجرة بقدر ما نقص من الانتفاع ، مع التعويض في الحالتين اذا كان له محل كما اذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستاجر ومن معه كأفراد اسرته او مستخدميه لخطر جسيم واصابه من ذلك ضرر بالفعل ، وثبت خطأ في جانب المؤجر فان المستاجر يستحق التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، وفي هذا المثل يجوز للمستاجر ان يطلب فسخ العقد حتى لو تنازل عن هذا الحق مقدما ، لان هذا الامر يتعلق بالنظام العام . والنص مأخوذ من تقنين الالتزامات السويسري م ٢٥ / ٢ ومنه اخذت المادة ٧٦٣ من المشروع[1]

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٤ ص ٤٨٨ ــ ص ٤٨٩ .

٩٥- وفى الالتزام المتعلق بالصيانة تلزم المادة ٥٦٧ من التقنين المدنى المؤجر بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التى سلمت بها [١] وان يقوم اثناء الاجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التاجيرية ، فاذا اخل المؤجر بهذا الالتزام جاز للمستأجر طبقا للقواعد العامة أن يطالب بالتنفيذ العينى وذلك بالقيام بالاصلاحات الضرورية ، او ان يطالب بفسخ العقد مع التعويض فى الحالتين ان كان له محل .

٩٦ - وتوجب الفقرة الاولى من المادة ٥٧١ المؤجر ان يمتنع عن كل مامن شانه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، فلا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع فاذا حدث من قبل المؤجر اى تعرض قانونى أو مادى فان هذا يعتبر بمثابة اخلال بذلك الالتزام مايحق معه للمستأجر أن يطالب بالتنفيذ العينى الذى يتأدى فى منع التعرض الحاصل من المؤجر.

وفى حالة هلاك العين المؤجرة هلاكا كليا اثناء الايجار فان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه (المادة ٥٦٩ الفقرة الاولى) اما فى حالة الهلاك الجزئى أو حالة الخلل فى الانتفاع بالعين بحيث اصبحت العين فى حالة لاتصلح معها للانتفاع الذى أوجرت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن للمستأجر يد فى ذلك فان ـــــــــــــ

---

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٩ نوفمبر ١٩٠٩ سيرى ١٩١٨ ـ ١ ـ ٥١٠ ، وبودرى لاكترى وڤال جـ١ فقرة ٣١٧ ، ـ بلا نيول ريبير وهامل جـ ١٠ فقرة ٥٠٧ ، جيوار جـ ١ فقرة ١٥١ السنهورى جـ٦ فقرة ٢٢١ ص ٢٧١ ، سليمان مرقس فى الايجار ص ٣٢٦ ، استئناف مختلط ٢٥ مايو ١٩٢٨ ـ ١٩١٢ ـ ١ ـ ٥١٠ .

يجوز له اذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها ان يطلب تبعا للظروف اما انقاص الاجرة او فسخ الايجار ذاته (الفقرة الثانية من المادة ٥٦٩) .

٩٧ — وتوجب الفقرة الاولى من المادة ٥٧١ على المؤجر ان يمتنع عن كل ما من شأنه ان يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، فلا يجوز له ان يحدث بالعين او بملحقاتها اي تغيير يخل بهذا الانتفاع ، فاذا حدث من قبل المؤجر اي تعرض قانوني او مادي فان هذا يعتبر بمثابة اخلال بذات الالتزام ما يحق معه للمستأجر ان يطالب بالتنفيذ العيني الذي يتأدى في منع التعرض الحاصل من المؤجر اذا كان ذلك ممكنا أو ان يطالب بتخفيض الاجرة مقابل ما نقص من الانتفاع بالعين ، او ان يطلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة ، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية " بان الاجرة تنقص بمقدار ما نقص منه ومن وقت حصول هذا النقص . ومن ثم كان من حق المستأجر عند تعرض المؤجر له في انتفاعه بالعين المؤجرة ان يطلب بدلا من الفسخ والتنفيذ العيني انقاص الاجرة بنسبة ما نقص من انتفاعه بالعين المؤجرة ، كما ان له ايا كان ما ختار من هذه الجزاءات ان يطلب معه تعويضه عن جميع الاضرار التي اصابته بسبب اخلال المؤجر بالتزامه "(١)

ويجوز للمستأجر ان يطالب بفسخ العقد اذا ثبت له ان هناك تعرضا او اضرارا مبنيا على سبب قانوني يصدر من مستأجر اخر او من اي شخص تلقى الحق من المؤجر (الفقرة الثانية من المادة ٥٧١) (٢) ، كما ان له اي المستأجر — اذا وقع

---

(١) نقض مدني ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض ١٦ — ١٠١٨ — ١٥٩ وانظر في نفس المعنى جيوار جـ١ فقرة ١٤٥ ، بودري لاكنرى وفال جـ١ فقرة ٤٦٠ ، بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ٥١٩ ، السنهوري جـ٦ فقرة ٢٥٨ ص ٣٣٢ ، سليمان مرقس عقد الايجار فقرة ١٨٥ ص ٣٩١ ، عبد الفتاح عبد الباقي عقد الايجار فقرة ١٥٣ ص ٢١٥ .

(٢) انظر في نفس المعنى جيوار جـ١ فقرة ١٦٨ ، بودري لاكنرى وفال جـ١ فقرة ٥٤٧ بلانيول وريبير وهامل جـ١ فقرة ٥٢٤ ، لبليته الرسالة السابقة ص ١٠٣ ، ونشير هنا ان المادة ١٧٢٦ من القانون المدني الفرنسي لاتذكر في هذا الخصوص الاجزاء تخفيض الاجرة فقط في حالة التعرض الصادر من الغير ، غير انه يمكن القول بان الفسخ يكون ممكنا طبقا للقواعد العامة في مثل هذه الحالة في نفس المعنى ـــــ

له تعرض مادى بسبب لا يد له فيه وكان هذا التعرض من الجسامة بحيث يحرمه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كان له تبعا للظروف اما ان يطلب فسخ العقد وانقاص الاجرة .

٩٨ - وفى الالتزام الخاص بضمان العيوب الخفية فان المادة ٥٧٦ قد الزمت المؤجر بان يضمن للمستأجر جميع ما يوجد فى العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها او تنقص من هذا الانتفاع انقاصا كبيرا ، ولكنه لا يضمن العيوب التى جرى العرف بالتسامح فيها .

فاذا وجد المستأجر بالعين المؤجرة عيبا يتحقق معه الضمان جاز له تبعا للظروف اما ان يطالب بفسخ العقد او بانقاص الاجرة الى جانب المطالبة باصلاح العيب او ان يقوم هو باصلاحه على نفقة المؤجر اذا كان هذا الاصلاح لا يبهظ المؤجر (الفقرة الاولى من المادة ٥٧٧) .

واذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه مالم يثبت ان كان يجهل وجود العيب (الفقرة الثانية من نفس المادة) (1) .

وحاصل القول ، انه اذا اخل المؤجر بالالتزامات المفروضة عليه بمقتضى العقد يكون للمستأجر الحق فى استخدام جميع الوسائل التى هيأها له القانون للحفاظ على حقه ، ومن هذه الوسائل حقه فى التخلص من العقد عن طريق المطالبة بالفسخ .

٩٩ - رأينا فيما سبق ، كيف يكون الامر فى حالة اخلال المؤجر بالالتزامات المفروضة

---

(1) غير ان الرأى السائد فى فرنسا ، لا يشترط جهل المؤجر بوجود العيب حتى يمنع مسؤوليته بالضمان اذ فى نظرهم ان المؤجر مسئول بالضمان حتى ولو كان يجهل وجود العيب وقد اشارت الى ذلك المادة ١٧٢١ من القانون المدنى الفرنسى فى فقرتها الاولى وترجمتها يضمن المؤجر للمستاجر جميع عيوب العين المؤجرة او شوائبها التى تمنع الانتفاع بها حتى ولو كان يجهل وجودها عند ابرام عقد الايجار بودرى لاكنرى وفال جـ١ فقرة ٤٤٥ وفقرة ٤٤٨ اوبرى ورو واسمان جـ٥ فقرة ٣٦٦ ص ٢٩٩ ، بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ٥٤٠ ص ٧٤٦ ، جوسران جـ٢ فقرة ١١٩١ وتجدر الاشارة الى ان الاستاذ السنهورى يذهب الى تأييد هذا الرأى ، انظر الوسيط جـ٦ فقرة ٣٣٣ ص ٤٤٩ .

عليه ، والامكانيات التى وضعها القانون للمستأجر فى مواجهة ذلك الاخلال، ونعالج الان فرضا اخر ، هو الفرض الذى يتحدد بما يترتب على اخلال المستأجر بتنفيذ التزاماته التى فرضها عليه عقد الايجار .

فنجد اذن ان اهم التزامات المستأجر هى القيام بدفع الاجرة ، لكونها تمثل ركنا جوهريا فى العقد فانه يجب على المستأجر ان يقوم بوفائها فى المواعيد المتفق عليها اى عن كل مدة الايجار، ولو لم ينتفع بالعين المؤجرة ما دامت العين قد وضعت تحت تصرفه بعلمه ، وكانت صالحة للانتفاع المقصود .

فاذا لم يقم المستأجر بتنفيذ التزامه بدفع الاجرة على الوجه الذى بيناه فيما تقدم جاز للمؤجر وفقا للقواعد العامة ان يطالبه بالتنفيذ العينى او بفسخ العقد بعد اعذاره وسواء طلب هذا او ذاك جاز له ان يطالب بالتعويض ان كان له مقتض .

ولا يلزم دائما ان يكون التأخير فى دفع الاجرة سببا للحكم بالفسخ فالامر متروك لسلطة القاضى التقديرية اذ للمحكمة ان تعطى للمستأجر مهلة لدفع الاجرة هذا اذا لم يشترط فى العقد خلاف ذلك[1] . فمثلا اذا اتفق فى عقد الايجار على ان يصبح مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى انذار ، بمجرد تأخر المستأجر فى سداد قسط واحد بعد ميعاد استحقاقه ، فان القاضى يفقد فى ذلك سلطته التقديرية وتقتصر مهمته على التحقيق من توافر شروط الفسخ او عدم توافرها (المادة ١٥٨ من التقنين المدنى)[2] .

وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ بان شرط اعتبار الفسخ واقعا بمجرد حصول المخالفة لاى شرط من شروط عقد الايجار دون تنبيه رسمى او تكليف بالوفاء هو شرط فاسخ صريح يسلب القاضى سلطته التقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا الا بعد التحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها[3] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢ يناير سنة ١٨٨٧م ٩ص١١١ .

(٢) محكمة استئناف مصر فى ٧ مايو سنة ١٩٠٦ مرجع القضاء ص ٧٣٨ رقم ٢٢٩٣ ، ومحكمة الموسكى فى ١٦ يونية سنة ١٩٢٠ مرجع القضاء ٧٣٨ رقم ٢٢٩٧ ، نقض ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ٤ـ٥٤٠ـ١٩٢ ، ونقض مدنى ٢٠ يونية سنة ١٩٦٣ ، مجموعة احكام النقض ١٤ـ٨٦٦ـ١٢٧ ، وانظر فى نفس المعنى السنهورى

١٠٠ - وتقضى المادة ٥٧٩ من نفس التقنين بانه " يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم ان يستعمل العين بحسب ما اعدت له ".

وهذا يعنى ان على المستأجر ان يستعمل العين المؤجرة بحسب ما اتفق عليه فى العقد فان لم يحدد الاتفاق كيفية هذا الاستعمال ولا طريقته ، فانه يجب أن يكون طبقا لما اعدت له العين ، ويجب ان لا يسىء استعمال العين المؤجرة ، بل عليه ان يحافظ عليها وان يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (الفقرة الاولى من المادة ٥٨٣) ،فاذا قام المستأجر بما يخالف هذا الالتزام او ذلك ، وكان من شأنه ان يضر بالعين ضررا كبيرا فان للمؤجر ان يطالب بتنفيذ الالتزام عينا او ان يطالب بفسخ العقد وهذا راجع الى تقدير قاضى الموضوع.[1]

ومن جهة اخرى الزم المشرع فى المادة ٥٨٢، المستأجر بالقيام باجراء الترميمات التأخيرية التى يقضى بها العرف ما لم يتفق على غير ذلك[2] فاذا لم يقم بتنفيذ التزامه جاز للمؤجر ان يطلب من القضاء تنفيذ الالتزام على نفقة المستاجر طبقا للمادة ٢٠٩ التى سبق ان اشرنا اليها كما يجوز للمؤجر ايضا ان يطلب فسخ الايجار طبقا للقواعد العامة ومحكمة الموضوع تملك فى ذلك سلطة تقديرية واسعة وسواء طلب هذا او ذاك ، يجوز له فى جميع الاحوال ان يطلب تعويضا عما اصابه من اضرار بسبب تأخر المستأجر فى اجراء تلك الترميمات[3]

اما فيما يتعلق بمنع التنازل عن الايجار او التأخير من الباطن فقد اشارت المادة ٥٩٣ من التقنين المدنى الى ان المستأجر حق التنازل عن الايجار او الايجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره او بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ، وهكذا

---

(١) فى نفس المعنى المادة ١٧٢٩ من القانون المدنى الفرنسى ،جيوار جـ١ فقرة ٢٠١ ، ٢٠٣ وبلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ٥٦٨، ٥٧٥ ، السنهورى الوسيط جـ٦ ص ٥٢٧، سليمان مرقس المرجع السابق ص ٤٥٤ ، عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص ٢٠٠-٢٠٢ ، وص ٣٣٠.

(٢) عكس ذلك المادة ١٧٥٥ من القانون المدنى الفرنسى ، الا اذا كانت الترميمات قد ترتبت على قدم البناء او على القوة القاهرة ، انظر بودرى لاكنرى وفال جـ١ فقرة ٦٣٠، ابرى ورو واسمان جـ٥ فقرة ٣٦٧ هامش ٣ ، بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ٥٨٢ ص ٨١٩.

(٣) فى نفس المعنى استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماه ١٣-٧٩-٤٢١، ٣٤١، السنهورى المرجع السابق ص ٥٥٥ سليمان مرقس ص ٤٦٨، عبد الفتاح عبد الباقى

فالاصل ان للمستأجر الحق فى ان يتنازل عن الايجار لغيره وله الحق ايضا فى التاجير من الباطن ، ولكن قد يمنع المؤجر المستاجر من ذلك ويشترطه فى العقد ، فيجب على المستأجر مراعاته ، والا يعتبر مخلا بما التزم به من الامتناع عن التنازل عن الايجار او التأجير من الباطن او المتنازل له عن العين ، او ان يطالب بفسخ العقد الايجار الاصلى بناء على ان المستأجر لم يقم بالتزاماته ، وللمحكمة فى ذلك سلطة تقديرية فلها ان تستجيب لطلب المؤجر او لا تستجيبه[1] . وسواء طلب المؤجر التنفيذ العينى او طلب الفسخ فيجوز له ايضا المطالبة بالتعويض من المستاجر اذا كان قد اصابه ضرر من مخالفة ذلك الشرط المانع [2] .

يخلص مما تقدم ان عقد الايجار بما يحتويه من حالات كثيرة ومتعددة يخضع للقواعد العامة الواردة فى المادتين ١٥٧، ١٥٨ ، المتعلقة بالفسخ ، حيث ينشأ الحق فى الفسخ عند اخلال احد طرفى هذا العقد (المؤجر ، والمستأجر) بما التزما به . واذا كنا قد اوردنا مقتطفات من احوال الفسخ فى هذا العقد فليس معنى هذا اننا قد احطنا بكل التفاصيل المرتبطة به ، ولذلك فاننا نحيل الكلام فى عقد الايجار الى المؤلفات الخاصة به او الاطروحات.[3] مع ملاحظة ان الفسخ فى عقد الايجار وهو من العقود الزمنية ، يعتبر انهاء ليس له اثر رجعى ، ولذا فأن القانون المدنى الفرنسى يستعمل فيه كلمة

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بانه اذا خالف المستأجر الشرط القاضى بمنع الايجار من الباطن فلا يعتبر ذلك كافيا للحكم بفسخ العقد ، بل للمحاكم الحق فى المطلق عند نظر دعاوى الفسخ المتعلقة بعقد الايجار فى ان تقدر الظروف فى كل حالة وان تبحث على الاخص كما اذا نال المؤجر ضرر كبير من مخالفة اى شرط من شروط العقد (استئناف وطنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ٤٢ ص ٧٣) وكثيرا ما تجيب المحكمة المؤجر الى الفسخ وتعتبر مخالفة الشرط المانع اخلالا بالعقد يبرر ذلك ، انظر فى هذا المعنى جيوار جـ١ فقرة ٣٣٢ بودرى لاكنرى وفال جـ١ فقرة ١١٠٨ ، بلانيول وريبير وهامل جـ١٠ فقرة ٥٥٤ .

(٢) انظر نفس المعنى نقض فرنسى ١٨ يونية سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ــ١ــ٣١ جيوار جـ١ فقرة ٣٣٢ السنهورى جـ٦ فقرة ٤٦٤ ص ٦٩٥ ، سليمان مرقس الايجار فقرة ٢٥١ ص ٥٦٣ .

(٣) وقد يتفق الامر فيما بين عقد الايجار الخاص بالعقارات ، وعقد المزارعة من ذلك نجد ان المادة ٦٢٠ من التقنين المدنى تقول " تسرى احكام الايجار على المزارعة مع مراعاة الاحكام الاخرى التى اوردها التقنين بخصوصها اذا لم يوجد اتفاق او عرف يخالفها ، ونفس المعنى فى الحكر حيث نجد المادة ١٠٠٩ تقول يجوز للمحكر اذا

** المطلب الثالث **

عقد الشركة

LE CONTRAT DE SOCIETE

١٠١ - عقد الشركة هو عقد بمقتضاه يلتزم شخصان او اكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح او خسارة (المادة ٥٠٥ من التقنين المدني) .

ولكونه عقدا يجب ان تتوافر فيه الشروط العامة في كل عقد ، الرضا ، المحل ، السبب والشكل ، الى جانب الشروط الخاصة باعتباره عقد شركة ، والتي تتمثل في اتحاد شخصين فاكثر وفي مساهمة كل شريك في رأس المال ايضا في الربح والخسارة ، مع توافر نية الاشتراك والتعاون على حسن سير عمل الشركة وتقبل مخاطرها ، ويمثل هذا الشرط الاخير اهم عناصر عقد الشركة وهو شرط اساسي لصحة تكوينها ، وهو في نفس الوقت يدل على طبيعة النشاط الذي يرغب المشاركون القيام به علاوة على كونه مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع بتقديرها .(١)

وعقد الشركة عقد شكلي ، وعقد معاوضة ، وهو عقد من العقود المحددة الى جانب انه عقد من العقود الملزمة للشركاء يلتزم بمقتضاه كل شريك نحو الشركة كما تلتزم الشركة نحو كل شريك بالتزامات معينة ، الا ان موضع الخلاف بين هذا العقد وغيره من العقود الملزمة للجانبين هو ان هذه العقود تتقابل فيها الالتزامات ، وفيها يحاول كل متعاقد ان ينال ما يراه حقا قبل الاخر بينما في عقد الشركة تتحد اهداف الشركاء المتعاقدين جميعا في هدف واحد وغرض واحد وهو تحقيق اكبر ما يمكن من الربح فمصالحهم في ذلك تتحد ولا تتعارض فيها .

وتتنوع الشركات بحسب الغرض الذي من اجله تكونت ، فاذا كان عملها تجاريا كانت الشركة تجارية ، وتخضع لاحكام القانون التجاري (١) ، اما اذا كان عملها مدنيا وان كانت تهدف الى تحقيق الربح فانها تكون مدنية وتخضع لاحكام القانون المدني من المادة

---

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وليراتبورنيبيون جـ١١ ص ٦ ٢٣٧ وكل من بودري ، ولاكنري وڤال جـ١ فقرة ١٤٦١ ، بلانيول وريبير وهامل جـ١٥ فقرة ٦٩٢ .

(٢) وقد اوضحت المادة الثانية من التقنين التجاري الاعمال التجارية على سبيل الحصر وهي كالاتي شراء البضائع والسلع لاجل بيعها او تأجيرها عقود المقاولة المتعلقة بالمصنوعات والتجارة والنقل البري والبحري وعقود التوريد ومعاملات المصارف والاعمال

٥٠٥ الى المادة ٥٢٧ (1) مع مراعاة ان تلك الاحكام من الممكن ان تنطبق على المسائل التجارية كقواعد مكملة supplétives اما اذا كانت الشركة الواحدة تباشر اعمالا بعضها مدنى وبعضها تجارى ، فانها تأخذ صفتها تبعا للاعمال الغالبة ، الا ان محكمة النقض الفرنسية ترى ان تلك الشركات شركات تجارية مالم تكن الاعمال التجارية التى تباشرها اعمالا تابعة لاعمال مدنية . (2)

١٠٢ - وبناء على ما تقدم يجدر بنا الان ان نحاول التعرف على احوال الفسخ في هذا العقد مثلما فعلنا في السابق في كل من عقد الايجار وعقد البيع .

فبادئ ذي بدء نجد المادة ٥٢٦ من التقنين المدني تنص في فقرتها الاولى على الاتي :- تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها ، او بانتهاء العمل الذي قامت من اجله .

وتنتهي الشركة ايضا بهلاك جميع مالها او جزء كبير منه ، بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها (الفقرة الاولى من المادة ٥٢٧) وتصبح الشركة منحلة في حق جميع الشركاء اذا كان احد الشركاء قد تعهد بان يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه (الفقرة الثانية م من نفس المادة) ، وفي هذا السياق تنص المادة ٥٢٨ في فقرتها الاولى على ان تنتهي الشركة بموت احد الشركاء او بالحجز عليه او باعساره أو بافلاسه .

وتتحدث المادة ٥٢٩ من نفس التقنين عن اثر انسحاب احد الشركاء من الشركة فتقول " تنتهي الشركة بانسحاب احد الشركاء ، اذا كانت مدتها غير معينة على ان يعلن الشريك ارادته في الانسحاب الى سائر الشركاء قبل حصوله وألا يكون انسحابه عن غش او في وقت غير لائق (3) .

ولا يشترط في هذا الاعلان اى شكل خاص سواء كان على يد محضر أو بكتاب

(1) راجع امثلة للشركات المدنية بلانيول وريبير وليرانيو بيهسون جـ ١١ فقرة ٩٨٨ ص ٣٤٦ .
(2) مشار الى ذلك عند بلانيول وريبير وبيهسون جـ ١١ فقرة ٩٩١ .
(3) في نفس المعنى المادة ١٨٦٩ من القانون المدني الفرنسي السابق على صدور القانون الخاص بالشركة الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٧٨ .

" la disolution de la societé par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux societés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation notifiée à

مسجل او غير مسجل وحتى ولو كان شفويا فيصبح الاعلان (١) ".

كما يجوز ان يتم حل الشركة بطريق الاجماع بين الشركاء ، ولا يشترط في ذلك ان تكون الشركة معينة المدة او غير معينة المدة طالما تم الاتفاق على ذلك بين الشركاء وسواء كان منصبا على حلها قبل ميعاد انهائها ، او بعد امتدادها عند انتهاء مدتها (الفقرة الثانية من المادة ٥٢٦) .

واجماع الشركاء على حل الشركة هو (تقايل) بين الشركاء للشركة ، ويثبت ذلك وفقا لقواعد الاثبات ، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت القرائن التي استفادت منها محكمة الموضوع ان الشركة فسخت عقب صدورها قد وردت بين طرفين وسلم بها كل منهما ، فلا تكون المحكمة قد خالفت قواعد الاثبات باعتمادها على القرائن في اثبات التفاسخ الضمني بين الشركاء وخصوصا اذا كان الخصم لم يمانع في اثبات العدول عن التشارك او فسخ الشركة بالقرائن .

١٠٣ - هذا وقد اوضحت المادة السالفة الذكر ان انسحاب احد الشركاء في الشركات غير المحددة المدة لا يجب ان يكون عن غش او في وقت غير لائق(٢) غير ان المشرع لم يوضح مفهوم الغش ولا الوقت غير اللائق كما فعل المشرع الفرنسي في المادة ١٨٧٠ (٣) من القانون السابق على صدور القانون الجديد للشركة في ٤ يناير سنة ١٩٧٨ حيث يقول بما معناه " ان سوء النية يكون عندما يقصد الشريك طالب الانفصال ان يحصل وحده على الربح الذي كان يريد الشركاء الحصول عليه معا ، اما حالة الوقت غير اللائق contre temps فمعناه الوقت الذي لا تزال الاعمال فيه غير تامة ويهم الشركة تأجيل انقضائها ، وبناء على ذلك نرى انه لا مانع من اخذ هذا النص كمثال لتلك الحالات مع اعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة في التحقق والوصول الى قصد الشريك المنسحب(٤)

---

tous les associes, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre temps."

انظر كذلك جوسران جـ٢ فقرة ١٣٣٩ واستئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٤٣

(١) راجع في ذلك بلانيول وريبير ايرانيو رنيموز جـ١١ فقرة ١١٠٦ ، بودري لاكنتري وفال فقرة ٤٥٢ عكس ذلك جيوار فقرة ٣٣١ ولوران جـ٢٤ فقرة ٣٩٩ .

(٢) محكمة بني سويف في اول يونية سنة ١٩٢٥ مرجع القضاء ص٦٦٢ رقم ٦٤٣٥ .

(٣) وهذا هو النص في معناه الفرنسي "la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associe renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'etaient proposé de retirer en commun. Elle est faite à contre temps larsque les chases ne

فى القانون المدنى المصرى •

ويذهب بعض الشراح الى اعطاء مثال للانسحاب عن غش• اذا كان غرض الشريك من انسحابه ان يعقد لحسابه الخاص صفقة مما يجب ان يكون للشركة[١] • وعندما لا يكون الوقت ملائما لتحصيل امال الشركة فى حالة الوقت غير اللائق او الوقت الذى تكون فيه الشركة فى انتظار ربح طائل[٢] • كذلك اذا حصل هذا الانسحاب اثناء موسم انتاج السلعة التى تقوم الشركة بصنعها • او اراد هذا الشريك الانسحاب بقصد التخلص من المشاركة فى الخسارة التى يراها باهظــة •

وفى هذا الصدد تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى • يحصل الانسحاب فى وقت غير لائق اذا حدث مثلا ابان ازمة او اثناء الفترة الاولى لاستقرار الشركة وقبل حصولها على ارباح منتظرة •[٣]

١٠٤ ــ ومن الممكن ان تنحل الشركة بحكم من القضاء وذلك فى حالتين :

الاولى : فى الحالة التى يطلب فيها احد الشركاء من القضاء حل الشركة لسبب يبرر ذلك وهذا ما اشارت اليه المادة ٥٣٠ فقرة اولى بقولها " يجوز للمحكمة ان تقضى بحل الشركة بناء على طلب الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به • او لاى سبب اخر لا يرجع الى الشركاء • ويقدر القاضى ما ينطوى عليه السبب من خطورة تسوغ الحل • ويكون باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك•

الثانية : فقد نصت عليها المادة ٥٣١ فى فقرتيها الاولى والثانية فى قولها " يجوز لكل شريك ان يطلب من القضاء الحكم بفصل اى من الشركاء يكون وجوده فى الشركة قد اثار اعتراضا على مد اجلها او تكون تصرفاته مما يمكن اعتبارها سببا

---

(١) بورد رى لاكترى وقال فقرة ٤٤٩ • وجيوار فقرة ٣٢٨• " هذا وتذهب بعض الاحكام الى انه اذا حصل هذا الانسحاب ابان تحمل الشركة لتكاليف جسيمة • وكان ذلك بقصد التخلص من دفع حصته فى هذه التكاليف او المتأخرات يكون انسحابه هذا بغش وفى وقت غير ملائم (محكمة نانسى ١٩ مارس سنة ١٨٩٢ مداللوز ٩٣٥ ٨ ــ ٢ ــ ٢١ ".

(٢) بورد رى لاكترى وقال فقرة ٤٥٠ وجيوار فقرة ٣٢٩ وتذهب بعض الاحكام الى انه اذا حصل الانسحاب ابان تحمل الشركة بتكاليف جسيمة وكان ذلك بقصد التخلص من دفع حصته فى هذه التكاليف او فى المتأخرات • يكون انسحابه هذا بغش وفى وقت غير ملائـــم (محكمة نانسى فى ١٩ مارس سنة ١٨٩٢ مداللوز ٨٩٢ ــ ٢ ــ ٢١•

مسوغا لحل الشركة ، على ان تظل الشركة قائمة فيما بين الباقين" .

ويجوز لاى شريك اذا كانت الشركة معينة المدة ان يطلب من القضاء اخراجه من الشركة متى استند فى ذلك الى اسباب معقولة وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقى الشركاء على استمرارها . (١)

وهذا الانحلال ، ليس الا تطبيقا من تطبيقات القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٥٧ ، فهو فسخ يتم بطريق القضاء ، يجوز الاخذ به فى عقد الشركة كغير من العقود الاخرى الملزمة للجانبين ، عندما يخل احد الاطراف بما عليه من التزامات وبناء على ذلك فانه يبدو لنا ان تطبيق النصين السابقين (٥٢٠ ، ٥٢١) لا يخالف القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٥٧ ، وان كان هناك بعض الخلاف ما بين الفسخ فى عقد الشركة ، والفسخ المتعلق بالعقود الاخرى الملزمة للجانبين ، من ناحية ان عقد الشركة من شأنه ان ينشىء شخصا معنويا ، الى جانب ان اثار الفسخ فيه لا تنسحب على الماضى .

غير اننا نعتقد انه ان كان لذلك وجه من الصحة ، من الناحية الواقعية الا انه فمن غير الطبيعى ان ينطبق الفسخ دائما وعلى وجه مطلق ومطابق على كل انواع العقود ، دون الاخذ بعين الاعتبار بالمميزات الخاصة لكل عقد . وليس معنى ذلك ان النصوص الخاصة الواردة فى عقد الشركة من شأنها ان تخالف القواعد العامة الواردة فى المادة ١٥٧ والمادة ١٥٨ بل بالعكس يبدو لنا ان هناك نوعا من التماثل والتطابق بينهما ، وهذا ما نعتقد انه كان موجودا فى ذهن المشرع حين وضع تلك النصوص وجعلها تتطابق مع النص الوارد فى القانون المصرى القديم" وبصفة خاصة النص الوارد فى المادة ٥٢٠) فنجد المادة ٤٤٦ / ٥٤٣ تقول بانه يجوز للمحاكم ان تفسخ الشركة بطلب احد الشركاء لعدم وفاء شريك اخر بما تعهد به ، او لوقوع منازعة قوية بين الشركاء تمنع جريان اشغال الشركة او لاى سبب قوى اخر غير ذلك" اما النص الاخر الذى يحمل رقم ٥٣١ فالمعلوم ان هذا النص لم يكن موجودا فى القانون القديم ، وبالذات الفقرة الاولى منه ، وانه قد تم اقتباسه من المشروع الفرنسى الايطالى كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٣٨٨)

---

(١) ونفس المعنى فى نص واحد فى القانون الفرنسى فى المادة ١٨٧١ وذلك قبل صدور القانون الجديد للشركة وترجمتها " بانه لا يجوز المطالبة بفسخ عقد الشركة المحددة المدة من قبل احد الشركاء قبل حلول اجل انتهائها ، الا انه اذا كانت هناك اسباب معقولة لذلك [illegible]

وكان قصد المشرع من ذلك هو القضاء على النزاع القائم بين الفقه والقضاء فيما يتعلق بصحته اشتراط الحق للشركاء في استبعاد شريك بالاجماع او بموافقة الاغلبية اذا وجدت اسباب مبررة لذلك مع استمرار الشركة بغير ذلك وهذا طبعا اذا اراد باقي الشركاء.

ولا تعني المطالبة بفصل احد الشركاء من الشركة الا فسخا لها (المواد ٥٢٠ ، ٥٢١) واذا كان القانون المدني الفرنسي في عقد الشركة (القديم) لم يتضمن نصا مماثلا للمادة ٥٢١ الا اننا نعتقد ان المادة ١٨٧١ تحمل في طياتها تفسيرا واسعا من حيث المعنى ، هذا المعنى هو نفس المعنى الذي قصد اليه المشرع المصري في المادة ٥٣١ بفقرتيها الاولى والثانية ، وان كان قد زاد عليها استمرار الشركة بعد فصل الشريك اذا اراد ذلك باقي الشركاء.

والامر في النهاية معقود لقاضي الموضوع في جميع الاحوال التي ذكرتها المادة ٥٢٠ والمادة ٥٣١ كاسباب يستند اليها للمطالبة بفسخ عقد الشركة هذه الاسباب في اعتقادنا قد اوردها المشرع المصري على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

١٠٥ — ويمكن القول مع الاستاذ Duquesnoy (١) ان النص الخاص الوارد بخصوص عقد الشركة في المادة ١٨٧١ فرنسي لا يخالف القاعدة العامة ، وهو يعطي للمحاكم السلطات الكافية والطبيعية للحكم بفسخ عقد الشركة لاسباب موجودة ايضا في نطاق القواعد العامة ، وانه حتى لو لم يشر المشرع الى نص خاص في هذا الموضوع فان المحاكم تملك ما من شأنه تكملة سكوته في البحث في نطاق المبادىء العامة التي تحيط بموضوع الالتزامات ، عن الامكانية الخاصة بفسخ عقد الشركة اذا كانت هناك اسباب معقولة لذلك (٢) وبناء على ذلك فانه يكون من المؤكد ان كل شريك في هذا العقد

(١) ديكونوا ، انحلال الشركات لاسباب معقولة (مشروعة) رسالة من ليل سنة ١٩٢٩ فقرة ٤.

(٢) ديكونوا ، الرسالة السابقة فقرة ١٨ ص ٤٢ ، وتجدر الاشارة الى ان القانون الفرنسي الجديد الخاص بعقد الشركة والصادر في ٤ يناير سنة ١٩٧٨ قد حدد في المادة ١٨٤٤ — احوال لانقضاء الشركة وهي كالاتي :—

1) par l'expiration du temps pour lequel ell a été constituée , sanf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6.
2) Par la réalisation ou l'extinction de son objet;
3) par l'annulation du contrat de société.

لم يكن ليلتزم الا على اساس ما تم الاتفاق عليه بينه وبين الشركاء الاخرين ، وانه لم يكن ليقدم رضاءه الا على اساس ان لديه اعتقادا راسخا بان الشركاء الاخرين سيبذلون كل جهودهم ليتحقق هدف الشركة ، فاذا لم يتحقق كل ذلك وبان تخلف احد الشركاء عن تقديم الحصص التى التلزم بها او عندما لا يبذل النشاط الكافي لخدمة الشركة او بعبارة اخرى لم يقم اثناء مدة الشركة بالاعمال التى تهم صالح جميع الشركاء ، فان ذلك يعنى ان الشركة تنتهى من الناحية الاقتصادية ومن ثم يستلزم الامر المطالبة بحلها .

١٠٦ - والجدير بالذكر ان حق الشريك فى اللجوء الى القضاء لطلب حل الشركة للاسباب التى عددتها المادة ٥٢٠ (على سبيل المثال) كما سبق ان اشرنا لا يقتصر على الشركات المحددة المدة فقط دون غيرها ، بل يجوز استعماله ايا كان وضع الشركة اذ يستوى فى ذلك ان تكون الشركة محددة المدة او غير محددة المدة ، وهذا ما نراه مستفادا بصفة ضمنية من نص المادة السابقة ونص المادة ٥٢١ فى الفقرة الأولى .

اما الفقرة الثانية من المادة ٥٢١ فانها تشترط لاى شريك فى حالة المطالبة باخراجه من الشركة لأسباب معقولة ، وان تكون الشركة معينة المدة ، دون الشركة غير المعينة المدة ، ذلك لان الشريك فى الشركات غير معينة المدة يملك الحق فى الانسحاب منها عن طريق اعلان يوجهه الى سائر الشركاء قبل حصوله مع اشتراط ان يكون ذلك الانسحاب عن حسن نية ، وفى وقت ملائم او لائق .

ونضيف الى ما ذهبت اليه تلك المادة (المادة ٥٢٩) بانه من الجائز ايضا للشريك فى الشركات غير المعينة المدة ان يلجأ الى القضاء اذا اراد ان يطلب اخراجه منها ، اذ المعروف ان حالة الغش الوقت غير اللائق ، يقع اثباتها من جانب باقى الشركاء ولنفرض ان باقى الشركاء لم يوافقوا على انسحاب الشريك ، لانهم يفضلون مصلحة الشركة على مصلحة الشريك ، لان انسحاب الشريك سيعنى زوال الشركة وبالتالى عدم تحقق اهدافهم او اذا ادعى الشركاء ان انسحاب الشريك كان عن غش او فى وقت غير لائق ، وهذا الادعاء فى حقيقته لا يستند الى اى اساس سليم ، اليس من الضرورى فى كل تلك الفروض ان يلجأ الشريك الى القضاء للمطالبة باخراجه من الشركة ، وليفصل القضاء فى ذلك بما يملكه من سلطة تقديرية واسعة .

وان كان هذا الامر فى رأينا يبدو طبيعيا ، وبحدوث كالمادة ، الا ان

مع ذلك يعتبر ضمانه من ضمانات الحرية الشخصية للشريك ، التي تعتبر من النظام العام اذ لا يجب ان يحرم من حقه الطبيعي في اللجوء الى القضاء .

حاصل القول ان الشريك ، يملك الحق في ان يستفيد مما منحته اياه المادة ٥٢٩ الفقرة الاولى كوسيلة من وسائل الانسحاب من الشركة وله ايضا ان يستفيد من الوسيلة . الاخرى المتمثلة في القواعد العامة (المادة ١٥٧) في طلب الانسحاب من الشركة عن طريق القضاء (١)

ويخلص مما تقدم ان ثمة تقاربا في المعنى بين كل من نص المادة ٥٢٩ الفقرة الاولى والمادة ٥٣١ الفقرة الثانية ، من حيث حق المطالبة القضائية بالانسحاب من الشركة مع ان المادة ٥٢٩ تمتاز وهذا طبعا لاختلاف طبيعة الشركة المحددة المدة عن الشركة غير المحددة المدة بميزة جواز انسحاب الشريك عن طريق اعلان يوجه الى

à la demende d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

6) par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas préva a l'article 1844-5.
7) par l'effet d'un jugement ordonnant la l'iquidation des biens de la société .
8) pour toute autre cause prévuc par les statuts.

والظاهر كما يبدو لنا ان الفقرة الخامسة من المادة السالفة الذكر تقترب في معناها من المادة ١٨٧١ التي كنا قد اشرنا اليها .

(١) ونفس المعنى نجده عند ليليته اذ يقول بانه اذا كان الفسخ الوارد في المادة ١٨٦٩ غير ممكن لان التمسك به كان في وقت غير لائق ، فان للشريك الطالب ان يستفيد من نص المادة ١٨٧١ والمتعلقة بالحل القضائي ، وهذا الشيء ممكن اذا لم يتردد الفقه في الموافقة عليه (انظر رسالته في الفسخ القضائي فقرة ٤٦ ص ١٠٧) وتقول تلك المادة (١٨٦٩) ان فسخ عقد الشركة عن طريق ارادة احد الشركاء لا يكون الا في الشركات غير المحددة المدة ، وذلك بطريق الانسحاب منها مع اعلان باقي الشركاء ويشترط ان يتسم اهذا الانسحاب بحسن نية والا يكون في وقت غير لائق .

باقى الشركاء الا اذا توافرت الشروط الخاصة بذلك .

هذه هى بعض الملاحظات الخاصة بعقد الشركة واحوال الفسخ فيه وبه نكون قد انتهينا من دراسة العقود الملزمة للجانبين ذات التنفيذ المحقق او المحدد commutatifs فى كل من عقد البيع وعقد الايجار وعقد الشركة .

وبالطبع ليست تلك العقود هى كل العقود الملزمة للجانبين المحققة التنفيذ اذ توجد عقود اخرى لم نذكرها والمقصود من ذكر ثلاثة منها هو اعطاء صورة عامة عن موقع الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين المحددة التنفيذ وان كان حديثنا قد اقتصر على بعض منها فقط .

** المبحث الثاني **

العقود الاحتمالية التنفيذ
LES CONTRATS ALEATOIRES

١٠٧ ـ بادئ ذي بدء نستطيع القول ، بأن المشرع المصري لم يفرق بين العقود الملزمة للجانبين المحددة التنفيذ ، والاحتمالية التنفيذ في الفسخ اذ اجاز الفسخ في كليهما ، بحيث اذا اخل احد المتعاقدين بالالتزام الذي على عاتقه في تلك العقود يحق للطرف الاخر وفقا للقواعد العامة ان يطالب او يتمسك بالفسخ ، وقد ذكر المشرع المصري انواع هذه العقود في الباب الرابع من الكتاب الثاني من القسم الاول ، وهي المقامرة ، والرهان ، المرتب مدى الحياة ، والتامين وبخصوص المقامرة والرهان فلن نتكلم عنهما ، لانهما محرمان قانونا الا ما استثنى منهما (1).

ولذلك سنتكلم ، عن الايراد المرتب مدى الحياة ، والتامين كل في مطلب .

---

(1) تقول المادة ٦٣٩ " بانه يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان ، ولمن خسر في مقامرة او رهان ان يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي ادى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك وله ان يثبت ما اداه بجميع الطرق ، اما المادة ٧٤٠ فتقول " يستثنى من احكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الالعاب الرياضية ، ولكن للقاضي ان يخفض قيمة هذا الرهان اذا كان مبلغا فيه.

ويستثنى ايضا ما رخص فيه القانون من اوراق اليانصيب.

** المطلب الاول **

الايراد المرتب مدى الحيـــــــاة

LA RENTE VIAGERE

١٠٨ ـ يمكن تعريف الايراد المرتب مدى الحياة ، بانه مبلغ من المال يعطـــى على هيئة اقساط فى صورة ايراد دورى لشخص ما لمدى حياته ، او يقرره شخص لشخص اخـــر .

من هذا التعريف يتبين لنا ان المرتب مدى الحياة يتشابه مع الدخـــل الدائم فى ان كلا منهما يصح ان يكون مصدره عقدا من عقود المعارضة او من عقـــود التبرع كما يصح ان يكون مصدره وصيـــة .(١)

فاذا كان مصدره عقدا من عقود المعارضة (فى صورة بيع مثلا) حيـــث يكون الثمن ايرادا مرتبا مدى الحياة ، فان ذلك يعنى اننا بصدد عقد ملزم للجانبين بحيث اذا تخلف احد المتعاقدين عن القيام بما عليه من التزامات ، جاز للطـــرف الاخر ان يطالب بفسخ العقد طبقا للقواعد العامة .

وهذا يعنى انه اذا لم يرد هناك نص خاص يجيز الفسخ فى احـــوال الايراد المرتب مدى الحياة فانه يجب القول بدون تردد بان القواعد العامة الــواردة فى المواد ١٥٧ ، ١٥٨ يجب ان تطبق فى كل حالة يخل فيها احد الاطراف بالقيـــام بالتزامـه (٢) .

اما اذا كان مصدر الايراد هبة بعوض او بتكليف، فانه يجب تطبيق القواعد الخاصة بالرجوع فى حالة التخلف عن القيام بتقديم العوض او التكليف(٣) ، وقد يكـــون مصدر الايراد وصية او ما شابهها .

وفى هذا الصدد تقضى المادة ٧٤١ مدنى على انه " يجوز للشخـــص

---

(١) وهذا لا يمنع ان هناك فروقا بينهما ـ يراجع فى ذلك السنهورى ص٧ فقرة ٥١٦ ص١٠٤٣ من الوسيط ، بودرى لاكنرى وفال عقود الغرر الطبعة الثانية ســـنة ١٩٠٦ فقرة ١٧٦ ، كولان وكابيتان ودى لاموراند يرج٢ فقرة ١٣٤١ ، محمـــد كمال مرسى العقود المساة المرتب مدى الحياة فقرة ٣٧٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى لارمبير ج٣ المادة ١١٨٤ فقرة ٢٤ لبليته الرسالة السابقة ص ١١١ .

(٣) المادة ٩٥٤ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٦٨٠ من المشروع التمهيدى للقانون

أن يلتزم بان يؤدى الى شخص اخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض او بغير عـــوض ويكون هذا الالتزام بعقد او بوصية[١] . والاصل ان يكون المرتب مقررا مدى حيـــاة الملتزم اليه الا اذا تفق على غير ذلك (المادة ٧٤٢ الفقرة الثانية) .

وتشترط المادة ٧٤٢ ان يكون العقد الذى يقرر الايراد مكتوبا ، والا لايكون صحيحا وذلك دون الاخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع (الفقرة الاولى من المادة ٤٨٨) .

ويخلص مما تقدم ان للمرتب مدى الحياة خاصيتين الاولى انه تصرف احتمالى على اساس ان المرتب يدفع كأقساط دورية الى مستحقه مادام على قيد الحياة ، فهـو بذلك محدود بحياته ، وينقضى بموته ، ولما كان الموت من الامور التى لا يعلمهـــا الانسان بطبيعته ولا يستطيع ان يحدد مقدما فهو بذلك احتمالى .[٢]

اما الخاصية الثانية فهى انه تصرف شكلى فهو عقد شكلى بطبيعته اذا كان هبة وكذلك يكون شكليا اذا كان وصية ، اما اذا كان بيعا او قرضا فقد قضت المـادة ٧٤٣ بوجوب كتابته حتى يصبح صحيحا ومن ثم ينقلب كل منهما من عقد رضائى الى عقد شكلى ، اذ لا ينعقد ان الا بالكتابة والفائدة من ذلك هى الاحتياط ، ذلك لان المرتب الذى ينشئه التصرف من المقرر ان يبقى طول حياة الانسان ، وقد تطول الحياة ، فوجب بالتالى اتمام الكتابة حتى يتوفر لدى اطراف التصرف السند اللازم الذى يقرر حقوق كـل منهما طوال مدة بقاء المرتب ، والكتابة ركن للانعقاد فاذا لم يكتب التصرف فى ورقـــة كان باطلا[٣] .

---

(١) وفى هذا الصدد تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى " يتقرر المرتب مدى الحياة بعقد او بوصية ، والعقد قد يكون معارضة او تبرعا فيصح ان يبيع شخص منزلا بمثـن هو مرتب يؤدى له مدى الحياة او يقرض مبلغا يسترده ايرادا مرتبا مدى الحياة ، كما يصح ان يلتزم شخص على سبيل التبرع عن طريق الهبة او الوصية ، بمرتب يؤدى مـدى حياة المرتب له ولا يوجد للايراد المرتب مصدر اخر غير العقد او الوصية ، غير ان ــ الاستاذ السنهورى يشير فى هامش ص ١٠٥٤ بانه يأخذ من العبارة الاخيرة بـأن المرتب قد يكون مصدره واقعة مادية كما فى التعويض عن عمل غير المشروع كما فى تعويضات العامل عن اصابات العمل (انظر السنهورى جـ٧ فقرة ٥٢٢) .

(٢) ومع ذلك فان الفقه الفرنسى الغالب يذهب الى ان الطابع الاحتمالى لا يكون الا فى عقود المعارضة وعليه فان المرتب مدى الحياة لا يكون احتماليا الا اذا انصب على عقد معارضة (جوسران جـ٢ فقرة ١٣٨٦) غير انه من الممكن ان يكون عقد التبرع احتماليا اذا كان الموهوب له لا يستطيع ان يحدد وقت تمام العقد القدر الذى يأخذه (المادة ١٩٦٩) فرنسى .

(٣) وفى هذا الصدد تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بانه " لا يكون العقد

١٠٩ - وبعد ان القينا نظرة عامة عن الايراد مدى الحياة يجدر بنا ان نتكلم عن احوال الفسخ فيه .

فتنص المادة ٧٤٦ من التقنين المدني المصري على ما يلي " اذا لم يقم المدين بالتزامه كان للمستحق ان يطلب تنفيذ العقد فاذا كان العقد بعوض جاز له ايضا ان يطلب بفسخه مع التعويض ان كان له محل ".(١)

فالثابت من هذا النص انه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كان للمستحق ان يطلب تنفيذ العقد او ان يطلب الفسخ وله فوق ذلك ان يطالب بالتعويض ان كان له مقتضى ففي حالة المطالبة بالفسخ لابد من القول بانه يجب التمييز بين ما اذا تقرر المرتب على سبيل التبرع او بعوض فاذا كان قد تقرر على سبيل التبرع فلا معنى للمطالبة بالفسخ في حالة التوقف عن دفع الاقساط . اما اذا تقرر الراتب بعوض . سواء كان على هيئة عقد بيع او قرض في مقابل الايراد او هبة بعوض او تكليف . فان للفسخ في هذه الاحوال موقعا اقرته المادة السابقة (٧٤٦) الى جانب تقريره بمقتضى القواعد العامة في المواد ١٥٨ . ١٥٧.

فاذا اتفق على ان عقد الايراد يعتبر المفسوخا عند التأخر عن الوفاء .

- وقد اشترط المشرع الكتابة لان العقد المقرر له البقاء مدى الحياة (حياة انسان) وقد تطول فوجب ان يكون مكتوبا واذا كان العقد هبة وجب ان تكون بورقة رسمية وفقا لقواعد الهبة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ ص ٣١١ و ٣١٢).

(١) ويقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادة ٤٨٠ فقرة ٥٨٨/٢ الذي يقول " يجوز لصاحب الايراد في حالة عدم الوفاء او عدم اداء التأمينات او اعدامها او اظهار افلاس المدين بالايراد . ان يتحصل فقط على بيع اموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من اثمانها كاف لاداء المرتبات المتفق عليها " وهذا يعنى ان القانون القديم لم يكن يجيز الا التنفيذ العيني دون الفسخ . وهذا بخلاف القانون المدني الجديد (المادة ٧٤٦) والتي تقول بصدده المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي بنص التقنين المصري القديم في المادة ٤٨٠ فقرة ٥٨٨/٢ على انه يجوز الى اخر النص الذي سبق ان اشرنا اليه . ومعنى ذلك ان الدائن لا يستطيع طلب الفسخ . ويقال في تعليل ذلك ان الفسخ يتعذر اذا الفسخ يرجع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . فلو باع شخص منزلا بايراد مرتب مدى الحياة وقبض بعض الاقساط ثم جد ما يجيز الفسخ فاذا رد ما قبضه من الاقساط واسترد المنزل لا يمكن القول بان ريع المنزل في المدة التي بقي فيها العقد قائما يعادل فوائد الاقساط التي ردت وظاهر ان هذه الحجة لا تقوم حائلا دون الفسخ وقد قرر المشرع انه اذا لم يقم المدين بالوفاء كان للدائن المطالبة بتنفيذ العقد او فسخه مع تعويض الفرق ما بين ريع المنزل وفوائد الاقساط هذا

باقساط المرتب مدة معينة بعد التنبيه على المدين ، فليس بلازم ان يقترن بشهادة تثبت حياة الدائن ، وعلى الاخص اذا كان المرتب يدفع له في مقره ، اما اذا اشترط في عقد البيع الذي يكون ثمنه ايرادا مرتبا مدى الحياة وجوب اداء الثمن كله بقوة القانون عند التأخر في دفع قسط من اقساط المرتب وبفوات مهلة معينة ، فان اثر هذا الشرط يتحقق بمجرد انقضاء تلك المهلة .

واذا قضى بالفسخ فانه يجب اعادة الاشياء الى ما كانت عليه سابقا ، فيرد المستحق مجموع الاقساط التي قبضها مع فوائدها القانونية من وقت القبض ، كذلك يرد الملتزم رأس المال الذي اخذه من المستحق مضافا اليه الفوائد القانونية من وقت استلامه له اما اذا كان الشيء محل التسليم عينا ، فانه يلتزم بردها مع الريع الذي حصل عليه .(١)

١١٠ — واذا كان القانون المدني المصري ، قد اقر الفسخ بصدد الايراد المرتب مدى الحياة عند الاخلال بالالتزام المستحق من الايراد ، نجد ان القانون المدني الفرنسي لم يفعل ذلك ، فهو لا يعطي للدائن الحق في فسخ عقد الايراد مدى الحياة ، اذا لم يقم المدين بالايراد بالوفاء به ، وهذا ما اوضحته المادة ١٩٧٨ من ذلك القانون حيث تقول ، بان مجرد الاخلال بالالتزام المستحق من الايراد لا يسمح لمن رتب له بفسخ العقد واسترداد العوض المرصود للمعاش او الايراد نقدا كان أو عقارا وانما لمستحق الايراد ان يحجز على امتعة مدينه او يطلب بيع املاكه ليستوفي منها ما يكفي لصرف ما يستحق.(٢)

---

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٩ يونية سنة ١٨٦٩ سيري ١٨٦٩–١–٩٥٥ (م١٩٧٧)
(٢) المادة ١٩٧٨

" Le seul défaut de payement des arrérages de la rente n'autorise point ce lui en faveur de qui ell est constituée , à demander le remboursement du capital , ou a rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arréages.

ويعلل الفقهاء الفرنسيون صحة الحكم الوارد في هذا النص بقولهم ان عقد الايراد المرتب مدى الحياة هو عقد احتمالي ، ولذلك يكون من الصعب تقدير ما يسترده الدائن بالايراد في حالة ما اذا تقرر فسخ العقد ، ذلك لان الفسخ يقتضي اعادة الحال والاطراف الى ما كانت عليه قبل التعاقد ويعني هذا ان يرد الدائن ما قبضه من اقساط ، ولكن هل يسترد رأس المال او الشيء الذي قدمه في مقابل تقرير الايراد فاذا اكتفى باسترداد رأس المال فمعنى هذا انه يكون قد حرم من غلة رأس المال طوال المدة التي بقي فيها المال تحت يد المدين بالايراد ، فاذا قلنا ان الدائن يرد ما قبض من اقساط ، ولا يسترد من رأس المال الا بنسبة ما بقي من عمره الى ما انقضى منه منذ تقرير الايراد ، فان معرفة ما يبقى من العمر امر غير ممكن .(1)

بالرغم من ذلك فاننا نعتقد ان هذا التعليل غير مقنع(2) ، اذ من الممكن ان نحسب مقدار ما يجب على المدين بالايراد رده في حالة فسخ العقد بعد مدة من تنفيذه ، وهذا ما تفعله شركات التأمين عند تصفية عقود التأمين على الحياة مستعينة في ذلك بحساب الاحتمالات وجداول الوفيات .

واذا كان ذلك تعليلهم في منع الفسخ في تلك الحالة السابقة ، فماذا يقولون في الحالة الاخرى التي اجاز فيها القانون المدني الفرنسي الفسخ في المادة ١٩٧٧ في حالة عدم الوفاء بالالتزام الخاص بتقديم التأمينات التي وعد بتقديمها(3) حيث تقول " يجوز لمن رتب له الايراد او المعاش على عوض معلوم طلب فسخ العقد ،

---

(1) بلانيول وريبير واسمان جـ٦ فقرة ٤٢٢ ، كابيتان في السبب فقرة ١٥٧ ، بودري لاكتري وبارد جـ٢ فقرة ٩٠٧ ، جوران جـ١٧ فقرة ٣١٧ .

(2) انظر في ذلك ، السنهوري جـ١ الوسيط ص ٧٩٠ وهامش نفس الصفحة ، حشمت ابو ستيت طبعة ١٩٥٤ هامش٢ في ص ٣٤١ ، انور سلطان فقرة ٣٥٦ ص ٤١٣ ، عبد المنعم فرج الصده ص ٤٠١ فقرة ٣٧٠ ، السنهوري جـ٧ الوسيط فقرة ٥٤٠ وما بعدها .

(3) ويزيد الفقه الفرنسي على الامر السابق حالة اضعاف الملتزم بفعله التأمينات التي قدمها ، انظر في هذا المعنى بون العقود الصغيرة جـ١ فقرة ٧٣٢ ، لوران جـ٢٨ فقرة ٣١٢ ، اوبري ورو جـ٦ فقرة ٩٠ ص ٩٠ ، جيوار العقود الاحتمالية فقرة ١٦٢ بلانيول وريبير وليبرانيور يبيمو في العقود الاحتمالية ، جـ١١ فقرة ١٢٤١ .

اذا لم يوفِ الملتزم بما التزم به من تقديم التأمينات او الضمانات التي وعد بتقديمها " .

ويسوغ لنا ان نتساءل الا يوجد بين النصين السابقين نوع من الخـــلاف في الهدف وان كانا يحتويان على مضمون واحد ...

النص الاول يحمل رقم ١٩٧٧ يبيح الفسخ ويقيمه على اخلال احد اطـراف العقد بالتزامه ، والنص الاخر الذي يحمل رقم ١٩٧٨ لا يبيحه ، وهو يقوم ايضا على اخلال احد الاطراف بالتزامه ، اما بخصوص التعليل الذي قالوه بصدد تحريم الفسـخ في المادة ١٩٧٨ فيمكن ان ينطبق ايضا على المادة ١٩٧٧ .... فلماذا لم يذهبوا الى ذلك ايضا ويحرموا الفسخ في الحالة التي تتضمنها المادة ١٩٧٧ .(١)

---

(١) راجع في هذا الامر الاراء الفقهية المختلفة للفقهاء الفرنسيين ، لوران ج٢٧ فقرة ٣١٧ ، اوبري ورو ج٦ هامش ص ٣٨٨ تعليق رقم٢ ، هامش ص ٣٩٠ وتعليق رقم ١٣ بون ج١ فقرة ٧٥٠ ، هيك ج١١ فقرة ٣٥٣ ، جيوار العقود الاحتمالية فقرة ٢٠٣ بودري لاكنري وفال فقرة ٢٨٤ ، كولان وكابيتان ج٢ فقرة ٩٢١ ، بلانيول وريبـــر واسمان ج٦ فقرة ١٢٢ ، جسران ج٢ فقرة ٣٨٥ ، ١١٤٢ ، ١٣٩٢ ، كابيتان في السبب فقرة ١٥٧ ، بلانيول وريبر ليرانهنور بيسون ج١١ فقرة ٢٤٠ ، وفي هـــذا الصدد يقول ديمولومب حول الفرق بين النصين بانه :

Dans l'hypothése de l'article 1977 l'inexécution porte sur une condition à laquelle la partie ést présumée avoir subordonnée la formation du contrat tandis, que l'article 1978 a en vue l'inexécution des obligations qui resultent du contrat lui même. T, XXV n'1240.

ويذهب بعض الشراح الفرنسيين زيادة في اصرارهم على صحة المادة ١٩٧٨ الى امتداد تطبيقها على كل العقود التي تتشابه مع عقد الايراد المرتب مدى الحيـاة رغم تسليمهم بشرعية الاتفاق على الفسخ في هذا العقد منهم بلانيول وريبر واسمان ج٦ فقرة ١٢٢٤ ص ٥٧٣ ، بودري لاكنري وبارد ج٢ فقرة ٩٠٧ ، اوبري ورو ج٥ هامش ص ٣٩٠ تعليق رقم ٢٠ ، وفي نفس المعنى ايضا نقض مدني فرنسي في ١٦ مايو سنة سنـــة ١٩٦٦ ، داللوز ـ ١ ـ ٢١١ محكمة دوي ١٥ يونية سنة ١٩٤٦ ، سيــــري ٤٦ ـ ٢ ـ ٨٥ .

اما لبلتيه فيقـول Lepéltier ان نص المادة ١٩٧٨ كان مـــن ابداع واضعي القانون مع ان القانون الفرنسي القديم كان يوافق على الفسخ فـــي مثل هذه الحالة ، لكن الاعمال التحضيرية للقانون لم تكن تعطي في نفس الوقت اي تبرير قوي للتخلي عن الحلول التقليدية التي اخذ بها القانون القديم ، اما شراح القانون فقد حاولوا ان يجدوا تفسيرا " مناسبا " او مرضيا للمادة ١٩٧٨ وخيل اليهم انهم وجدوه في الصفة الاحتمالية للعقد .. (لبلتيه الرسالة السابقة في الفسخ القضائي

ومما يزيد في عدم صحة ما ذهب اليه القانون الفرنسي في المادة ١٩٧٨ وفي تعليله الخاص بعدم جواز الفسخ ، هو ان هذا النص ليس من النظام العام اذ يجوز للاطراف ان يشترطوا في العقد انه في حالة عدم قيام المدين بدفع اى قسط من اقساط الايراد ، يكون للدائن المستحق الحق في فسخ العقد . (١)

ومما يؤيد صحة ما ذهبنا اليه هو ان الفقه الفرنسي في مجموعه يرى انه اذا كان الايراد المرتب مصدره هبة بعوض او بتكليف فانه في حالة الاخلال من جانب احد الاطراف بالتزامه فلا ضرورة لتطبيق المادة ١٩٧٨ على هذا الاخلال بل تطبق في هذه الحالة المادة الخاصة بالرجوع والتي تحمل رقم ٩٥٤ الواردة في تنظيم الهبات . (٢)

وفي هذا الصدد يقول ليلتيه (٣) بأن الادلة التي استند اليها الفقه في تبرير صحة المادة ١٩٧٨ ، وتعارضها في نفس الوقت مع المادة ١٩٧٧ غير قاطعة وغير منطقية ، ذلك لان نفس القواعد من الممكن ان تنطبق على كلتا الحالتين ، حالة عدم القيام بدفع اقساط الراتب وحالة عدم تقديم التأمينات ويستطرد نفس الكاتب قائلا نحن نعتقد ان الصعوبات الفنية التي اثاروها بصدد اعمال الفسخ في عقد الايراد المرتب مدى الحياة والتي قالوا انها صعوبات لايمكن حلها ، لا تستند على مقومات كافية لحرمان الدائن من حق جوهري له " .

(١) انظر في ذلك بون جـ١ فقرة ٦٧٣ ، لوران جـ٢٤ فقرة ٣٣٩ ، اوبرى ورو جـ٥ هامش ٣٩٠ تعليق رقم ٢٢ ، هيك جـ٦ فقرة ٣٥٥ ، جيوار فقرة ٢١١ ، بودرى لاكنرى وثال فقرة ٢٨٩ بلانيول وريبير وليرانيوريتسون جـ١١ فقرة ١٢٤٢ ، كولان وكابيتان جـ٢ فقرة ٩٢١ ، جوسران جـ٢ فقرة ١٣٩٢ اوبرى ورو واسمان جـ٦ فقرة ٣٩٠ ، ص ١٣٣ (نقض مدني فرنسي ٢٤ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٧ ــ ١ ــ ٢٨ ، محكمة بوتيه ١٨ نوفمبر ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ ــ ٢ ــ ١٦٧ .

(٢) تقول المادة ٩٥٤ من القانون المدني الفرنسي " في حالة فسخ الهبة او الرجوع لعدم الوفاء بالشروط المتفق عليها تعود الاشياء الموهوبة الى يد الواهب خالية من جميع الحقوق والرهون التي من طرف الموهوب له ويحق للواهب ان يرجع على من وضع يده على الاشياء الموهوبة بجميع الحقوق التي يصح له الرجوع بها على الموهوب له في الهبة . لوران جـ٢٧ فقرة ٣١٨ ، ديمولومب جـ٢٠ فقرة ٥٨٤ ، جيوار فقرة ٢٠٦ ، هيك جـ١١ فقرة ٣١٨ ، اوبرى ورو واسمان فقرة ٣٩٠ ص ٩٤٠ ، بودرى لاكنرى وثال فقرة ٢٨٧٦ ، ٢٨٨ ، بلانيول وريبير وليرانيوريتسون جـ١١ فقرة ١٢٤٢ ، نقض ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ ــ ١ ــ ٢٤١ .

(٣) ليلتيه الرسالة السابقة فقرة ٤٩ ص ١١٤ .

ونضيف الى قوله ان العقد الخاص بالايراد عقد ملزم للجانبين يخضع بصورة طبيعية للقواعد العامة للفسخ ، واى اخلال من جانب احد الاطراف من شأنه ان يعطى الحق للطرف الاخر فى المطالبة بالفسخ ، ومن ثم فان عدم دفع قسط الايراد او عدم تقديم التامينات او اضعافها من شأنها ان تحقق ماذكرناه ، فليس من داع للتفرقة بينهما ، بصدد اعمال الفسخ وخاصة اذا علمنا ان الايراد المرتب مدى الحياة قد يكون ناتجا عن تصرف ناقل لملكية عقار او منقول فهو عقد رضائى وملزم للجانبين كما اسلفنا ، والثمن يتحدد فى صورة ايراد مرتب والتقابل بين الالتزام بدفع الثمن، وتسلم الشئ المبيع فى كل عقد من هذه العقود شئ مؤكد ولذلك فان الطابع الاحتمالى للايراد المرتب مدى الحياة لا يغير من هذا التقابل الموجود بين الالتزامات ، ولا يغير ايضا من الارتباط فيما بينهما .(١)

١١١ - ويمكننا ان نضيف الى ما تقدم ان الموقف الذى ذهب اليه القانون الفرنسى وسار عليه القضاء هناك ، لم يمتد الى غيره من العقود الاحتمالية .

(١) انظر فى هذا المعنى لملتيه الرسالة السابقة فقرة ٤٩ ص ١١٥ وما بعدها ، وراجع فى النظريات المختلفة التى قيلت بصدد عقد الايراد المرتب مدى الحياة (داڤيد (David) رسالة دكتوراه بعنوان عقد الايراد المرتب مدى الحياة من باريس سنة ١٩٠٤ ص ٢٧ ، ٤٢ ، ١٨٩ ، ١٠٦ ، ٢٢٦ ، ٢٦٦ ، ونحن نعتقد ان مشكلة الاحتمال هى اساس الخلاف بين الفقه الفرنسى فمنهم من يقول ان الاحتمال ينحصر فى محل الالتزام بلانيول فى تعليق له بداللوز على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ - ١ - ٨٩ ، اما بيكا رود يرود وم فيقولان ان العلاقة الملزمة للجانبين غير موجودة بين رأس المال المقدم والمرتب المستحق لان عنصر الاحتمال اساسى بين الاثنين ، انظر مقالهما فى المجلة الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٨٠) اما الجانب الاخر من الفقه فيرى ان الاحتمال ينحصر فى السبب فعلى سبيل المثال نجد كابيتان يقول الى جانب رأيه المعروف بخصوص السبب كأساس للفسخ La cause premiér de l'obligation réside dans la considération du risque.
وتجدر الاشارة الى ان هذا الرأى يمثل الرأى الغالب فى الفقه والقضاء الفرنسى انظر فى ذلك جيوار جا فقرة ١٩ ، ٤١ ، لودرى لاكترى وڤال فقرة ٢١٢ وفقرة ٢١٥ ، اوبرى ورو واسمان جـ٦ فقرة ٣٨٨ ، ص ١٢٠ وهامش ١٠ بلانيول وريبر وليرا نيوربنسون جـ١١ فقرة ١٢٣١ ، كابيتان فى السبب فقرة ١٠٠ وفقرة ١٥٧ ص ٣٥١ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير جـ٢ فقرة ١٢٣٩ ، ويأخذ بهذا الرأى فى الفقه المصرى الدكتور محمد كامل رمسى فقرة ٣٦٨ ص ٣٦١ ، وراجع فى نفس المعنى نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٨٨٦ ، سيرى ٨٦-١-١٩٢ ، ١٤ نوفمبر ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥-١-٨٩ ، مع تعليق بلانيول ، باريس ٢٣ مارس سنة ١٨٦٥ ، سيريه ٦٥-٢-٣٢١ ، اما الاستاذ

فعلى سبيل المثال هناك حالتان خالف فيهما القضاء ما كان يسير عليه بخصوص حالة الايراد المرتب مدى الحياة .

الاولى : حالة العقد المسمى Le bail à Nourriture اى عقد الايواء او الاطعام والذى يتضمن تعهدا على الملتزم بدلا من ان يؤدى للمستحق اقساطا دورية من النقود يتعهد بان يؤويه ويطعمه ويكسيه ويعالجه ويتكفل بجميع نفقات معيشته ، في مقابل شيء سواء كان منقولا او عقارا او مالا ، ولذلك فهو عقد ملزم للجانبين يترتب عليه انه اذا تخلف احد الاطراف عن القيام بالتزامه ، جاز للطرف الاخر ان يتحلل منه ، ومع ذلك فقد تردد الفقه والقضاء الفرنسي في اعطاء حكم المادة ١٩٧٥ من القانون المدني الفرنسي على هذا العقد وهي التي تنص على انه ان حكمها ينطبق على " عقد ايراد علقت مدته على حياة شخص مصاب بداء افضى به الى الموت في خلال عشرين يوما من تاريخ ابرام العقد " .

الا انهم اتفقوا على استبعاد تطبيق المادة ١٩٧٨ التي اسلفنا الاشارة اليها على هذا النوع من العقود (١) وعلى تطبيق القواعد العامة في المادة ١١٨٤ (٢) .

١١٢ - اما الحالة الثانية فهي حالة القسمة مع المعدل النقدي

وفيها نجد المادة ٨٨٣ من القانون المدني الفرنسي تقول بصدد الاحكام التي تترتب على القسمة "يعتبر كل واحد من الورثة كأنه وارث وحده فورا لكل ما وقع في نصيبه ولكل مال آل اليه من بيع اعيان المشتركة لعدم امكان قسمته عينا كما يعتبر كأن

(١) تروبلون عقود الغرر فقرة ٣١٤ ، بون في العقود الصغيرة جـ١ فقرة ٦٧٦ لوران جـ٢٧ فقرة ٢٦٣ هيك جـ١١ فقرة ٣١٤ ، جيوار العقود الاحتمالية فقرة ١٧٧ ، بودرى لاكنرى وفال فقرة ٣٥٨ ، بلانيول في المطول العملي جـ٢ فقرة ٢١٣٠ ، جوسران جـ٢ فقرة ١٣٩٤ كابيتان في السبب فقرة ١٥٧ بيكار وبيرودوم الفسخ القضائي المجلة الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٨٠ ، ومحكمة بو pau ١١ فبراير سنة ١٨٩١ ، داللوز ٩٢-٢-٢٣١ ، محكمة أميين ٣١ يناير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦-٢-٤٧ ، محكمة جرونوبل ١٩ فبراير سنة ١٩١٧ سيرى ١٩٠٧-٢-٥٢٠ .

(٢) لبلتيه الرسالة السابقة ص ١٢١ ، كما يشير بيدان الى ان عقد الايواء في فرنسا تسري عليه القواعد العامة لا القواعد الخاصة بالمرتب مدى الحياة (بيدان جـ١٢ مكرر فقرة ٨٢٣) .

لم يكن قط مالكا لاعيان الشركة الاخرى .

يتبين لنا من النص السابق ان للقسمة اثرا كاشفا وهو من النظام العام كما ذهب الى ذلك جمهور الفقه الفرنسي واحكام القضاء ومن ثم فانهم لم يوافقوا على الاخذ بالفسخ في هذا الخصوص ، ويعللون استبعاد الفسخ في الحالة التي لا يقوم فيها احد المتقاسمين بتنفيذ التزامه بوفاء المعدل النقدي الذي التزم به ، بالرغبة في المحافظة على القسمة التي يتوصل اليها الشركاء عادة بعد عناء واجراءات معقدة ومصاريف كبيرة وبعد مفاوضات مضنية ولذلك يحسن الابقاء عليها دون الفسخ ، والاكتفاء بمطالبة المتقاسم بدفع المعدل والتنفيذ عليه تنفيذا عينيا . (١)

ورغم وجاهة هذا التبرير واحتوائه على قدر كبير من الصحة فقد ذهب جانب من الفقه وعلى رأسه الاستاذ فال Vahl الى مخالفة هذا الموقف ، بقوله : ان عقد القسمة ملزم للجانبين وبالتالي يكون قابلا للفسخ في حالة عدم التنفيذ الالتزامات ، مثل غيره من العقود الملزمة للجانبين وكون القسمة لها اثر كاشف لا تأثير له على طبيعة العقد لكونه غريبا عنها (٢) .

والمعلوم ان الفقه والقضاء الفرنسيين قد وافقا ، بالرغم من ذلك التحريم الخاص بفسخ عقد القسمة ، على فسخها في حالة ما اذا تم الاتفاق على ذلك بين المتقاسمين .

ونحن نعتقد ان الموافقة على جواز الاتفاق صراحة على الفسخ في عقد

---

(١) لاروميير جـ٣ المادة ١١٨٤ فقرة ٢٧ ، لوران جـ١٠ فقرة ٤٦٠ ، ديمولومب جـ٢٧ فقرة ٣٠٧ ، جيوار عقد البيع جـ٢ فقرة ٧٣٥ ، هيك جـ٧ فقرة ٢٦٨ ، اوبري وروج ١٠ ص ٦٢٥ ، فقرة ٢٢٤١٩ ، بودري لاكتري دابارد جـ١١ فقرة ٩٠٩ بلانيول وريبير واسمان جـ٦ فقرة ٤٢٣ ، جوسران جـ٢ فقرة ١١١٩ ، كولان وكابيتان جـ٣ فقرة ٥٠٩ ، (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٨٢٣) سيري نقض عرائض ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٢٩ نقض مدني ٧ مايو ١٨٣٢ ، سيري ٢٣-١-٣٦٧ محكمة رون Roune ١٨ يونية سنة ١٨٤١ سيري ٤١-٢-٤٧١ .

(٢) Vahl : livre du centenaire du code civil, I, N°65 et 107s, Baudry-Lacantinerie et Vahl, successions, III, N°33525, N°4401.
غير ان لبلتيه يعارض الجمع بين الاثر الكاشف للقسمة باعتبارها من النظام العام

القسمة بالرغم من الاثر الكاشف الذى اعتبروه من النظام العام مخالف للتبرير الذى ذهبوا اليه فى عدم الموافقة على جواز المطالبة بالفسخ امام القضاء فى حالة اخلال احد الاطراف بالتزامه.

فى الحالة الاولى يمتنعون عن الموافقة على الفسخ بحجة الاثر الكاشف والصعوبات التى تنشا بعد ذلك لو تم فسخها ، وفى الحالة الثانية يوافقون على الفسخ ولكن فى صورة الاتفاق صراحة على ذلك فى عقد القسمة ، ولهذا فاننا نرى ان القسمة يرد عليها الفسخ فى صورة الاتفاق ، وفى صورة المطالبة به امام القضاء لان الامر سيعود اليه فى حالة لجوء احد الاطراف للمطالبة بالفسخ امامه ، وكل ذلك وفقا للقواعد العامة.

= بان موقف القضاء الفرنسى فى عدم جواز المطالبة بفسخ عقد القسمة محل نظره اذ الاولى ان يترك الامر لتقدير القاضى ، وهو الذى يغلب المصلحة الراجحة ، فيقضى بالفسخ اولا يقضى وهذه هى القاعدة العامة فى الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة فيها الوسيط جه ص ٠ ٧٩، ونجد فى نفس المعنى الاستاذ البدراوى ٠ حيث يقول بانه يحسن ان يترك الامر للقضاء او ولذلك لا محل لاستثناء عقد القسمة من الفسخ يحكم به اولا ويحكم حسب ما يرجحه من مصلحة ، مصادر الالتزام سنة ١٩٦٨ ص ٥٤٢ ٠

** المطلب الثانـي **

عقـــد التأميـــــن

ASSURANCE

١١٣ - عقد التأمين بحسب نص المادة ٧٤٧ من التقنين المدني هو عقد يلتـــزم المؤمن بمقتضاه ان يؤدي الى المؤمن له او الى المستفيذ الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال او ايرادا مرتبا او اي عوض مالي اخر في حالة وقوع الحادث او تحقـــق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط او اية دفعة مالية اخرى يؤديها المؤمـــن له للمؤمن ".

وقد انتقد هذا التعريف، لكونه يشتمل على جانب واحد فقط من جانبيـــن يجب ان يشملهما التعريف الصحيح لعقد التأمين. (١)

فالتعريف السابق لم يشمل الا على الجانب القانوني فقط دون الجانب الخاص بالتنظيم الفني .

ولذلك ذهب بعض الفقه (٢) الى انتقاد قيام بعض التشريعات بتعريـــف التأمين معللا ذلك بالصعوبات التي تتعرض لها تلك التعريفات والذي اذى الى امتناع التشريعات الحديثة عن وضع تعريف له لانه نظام غير مستقر الى جانب عدم القدرة علـى الاحاطة بكل عناصر التأمين مثلما فعل القانون الالماني للتأمين الصادر في ١٩٠٨، - والقانون السويسري للتأمين الصادر في سنة ١٩٠٨، والقانون الفرنسي للتامين الـــذي صدر في ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ والقانون الجديد الصادر في ١٦ يولية سنة ١٩٧٦.

ويتفق الفقه في غالبيته على الاخذ بتعريف الاستاذ هيمار (٣) الذي اورده

---

(١) انظر في ذلك السنهوري جـ٧ من الوسيط عقد التأمين ص ١٠٩٠، البدراوي، الايجار والتامين سنة ١٩٦٨ ص ١٤٧ ويعرف الاستاذ ليرانيورينسون التأمين " بانه عقـد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بان يعوض شخصا اخر يسمى المؤمن له عـــن خسارة احتمالية يتعرض لها هذا الاخير مقابل مبلغ من المال هو القسط الذي يقـوم المؤمن له بدفعه الى المؤمن ". (ويقترب هذا التعريف من التعريف الذي اخـــذ به القانون المدني المصري في المادة ٧٤٧) ، ونفس التعريف اخذ به لبلنيه فـــي رسالته ص ١٣٢ (انظر بلانيول وريبير وليرانيورينسون جـ١ (فقرة ١٢٥٢) وانظـــر كذلك انسكلوبيـــدي داللوز الطبعة الثانية سنة ١٩٧٨ في التامين البري ابتداء مـن فقرة ١-١١-٤١٦.

(٢) عبد المنعم البدراوي المرجع السابق فقرة ٩٦ ص ١٤٩٨.

فى كتابه شرح التأمين والذى يقول فيه " التأمين عملية يحصل بمقتضاها احد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط ، على تعهد لصالحه او لصالح الغير من الطرف الاخر وهو المؤمن بمقتضاه يدفع هذا الاخير اداء فعليا عند تحقق خطر معين ، وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر واجراء المقاصة بينهما وفقا لقوانين الاحصاء ".

١١٤ – والذى يهمنا من هذا التعريف هو الجانب القانونى فقط اذ نجد ان عقد التأمين هو عقد رضائى لا يستلزم انعقاده اى شرط شكلى خاص ، واذا اشترطت الكتابة فانها ليست شرطا للانعقاد وانما فقط للاثبات . (١)

وعقد التأمين عقد من عقود المعارضة ، فكل متعاقد يأخذ مقابلا لما اعطى فالمؤمن يأخذ اقساط التأمين التى يدفعها له المؤمن له ، والمؤمن له يأخذ مقابل ذلك مبلغ التأمين اذا وقعت الحادثة المومن عنها .

وهو عقد من العقود الاحتماليــــة ، وهو ايضا عقد ملزم للجانبين اذ ينشئ التزامين رئيسين على عاتق كلا الطرفين ، فهناك التزام على المؤمن له بدفع الاقساط يقابله التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين .

ويلاحظ هنا ان التزام المؤمن له التزام محقق اما التزام المؤمن فهو التزام احتمالى عند انعقاد العقد وحتى يتحقق الحادث فى حالة التأمين على الحياة ومن ثم فهو التزام مؤكد وان كان مؤجلا وكما قلنا سابقا ، ان الصفة الاحتمالية لا يمنع من أن يكون العقد تبادليا ما دام ان هناك التزاما على كل جانب من طرفيه وان هناك ترابطا بين تلك الالتزامات.

والذى يمتاز به هذا العقد هو انه من العقود المستمرة (الزمنية) لان الزمن عنصر جوهرى فيه ، فالتزام المؤمن له بدفع القسط متكرر فى فترات منتظمة ، وكذلك ايضا التزامه بالامتناع عن كل عمل يؤدى الى تفاقم المخاطر.

---

(١) وهذا فعلا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها فى ١ يولية سنة ١٩٤١، داللوز ١٩٤٣ ص ٥٧، وتعليق بيون ٢٢٥ يناير سنة ١٩٤٧ ص ٢٣٣، مشار اليه فى هامش ص ٢٤٥ عند البداروى المرجع السابق . وما وثيقة التأمين الا شرطا للاثبات . بلانيول وريبير وليسون جـ ١١ فقرة ١٢٧٣ . انسكلوبدى داللوز لفظ [illegible]

وايضا التزام المؤمن بضمان الخطر التزام مستمر الى نهاية مدة التأمين ، ولكونه عقدا مستمرا كما اسلفنا فان الفسخ فيه ليس له اثر رجعي .

وهكذا نصل الى القول بانه بحسب تعريف المادة ٤٤٧ ، وباعتبار عقد التأمين من العقود الملزمة للجانبين فانه في الحالة التي تتحقق فيها الحادثة يلتزم المؤمن بتقديم مبلغ التأمين مثلما التزم المؤمن له بمقتضى عقد التأمين بدفع الاقساط في مواعيدها كما انه في حالة اخلال احد الاطراف هذا العقد بما التزم به يجوز للطرف الاخر ان يطالب بفسخ العقد التأمين كما تقضي بذلك القواعد العامة .

" La résiliation du contrat d'assurance pour le cas ou l'autre partie n'exécuterait pas ses engagements.

وقبل الدخول في موضوع فسخ عقد التأمين يجدر بنا ان نذكر هنا بأن حديثنا سيقتصر فقط وبصورة اساسية على عقد التأمين البري بشقيه ، التأمين من الاضرار والتأمين على الاشخاص ، واذا دعت الضرورة فسنحاول الاشارة الى الانواع الاخرى ، من هذا العقد .

هذا ويمكننا القول بان القاعدة العامة في الفسخ التي تقررها المادة ١٥٧ تجد تطبيقها الحقيقي في مواجهة المؤمن فقط دون المؤمن له وذلك لان شركات التأمين[1] تستطيع بسهولة ان تتحلل من التزاماتها في حالة اخلال المؤمن له بالتزاماته عن طريق النص على ذلك في عقود التأمين .

لكن ماذا يكون الحل في حالة اخلال المؤمن نفسه بما التزم به ؟ هل يستطيع المؤمن له ان يطالب او يتمسك بفسخ عقد التأمين في مثل هذه الحالة ؟

فلو رجعنا الى القاعدة العامة الواردة في المادة ١٥٧ نجد انها تعطي للمؤمن له الحق في المطالبة بالفسخ في حالة اخلال المؤمن بالقيام بالتزامه .[2]

(١) وبدون شك تخضع شركات التأمين من جهة اخرى الى عدة التزامات خاصة بها منها على سبيل المثال توظيف رأس المال ، الا انه لا يمكن القول بان تلك الالتزامات تنشأ من نفس عقد التأمين ، ولا يمكن القول ايضا بان هناك تبادلا بين التزامات المؤمن له وبين تلك الالتزامات ، لان هذه الالتزامات تفرضها طبيعة التأمين من الناحية التنظيمية الى جانب انها تمثل وسيلة من وسائل استثمار الاموال الفائضة للحصول على الارباح .

(٢) لم يتحدث عن ذلك القانون المدني الفرنسي الخاص بعقد التأمين سواء كان القانون الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ او القانون الذي صدر في ١٦ يولية ١٩٧٦

غير ان هذا الامر قد لا يحقق للمؤمن له ما كان يرجوه فعلا ، من ابرامه لعقد التأمين اذ المعروف ان فسخ العقد الملزم للجانبين يؤدى الى اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد Rétablissement le statut quant وان كل متعاقد يستطيع بعد ذلك البحث عن متعاقد اخر يكون مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه اذا ما رغب فى ابرام عقد جديد يحقق له ما كان يريده من ابرامه للعقد المفسوخ ، فالبائع مثلا اذا كان قد تعاقد مع مشتر ، ثم قضى بعد ذلك بفسخ عقد البيع ، وعاد الطرفان الى ما كانا عليه قبل التعاقد ، يستطيع بعد ذلك كل من البائع والمشترى ان يتعاقد مع شخص اخر جديد ، ولو اردنا ان نطبق ما اثرناه مقدما على موقف المؤمن له وحقه فى المطالبة بالفسخ فهل يستطيع هذا الاخير ان يصل الى ما يريده ويتحلل من عقد التامين عن طريق الفسخ ، الجواب على ذلك فى اعتقادنا بالنفى ؟ وذلك لان تخلف المؤمن عن القيام بتنفيذ التزامه يحدث كالعادة بعد تحقق الحادث على اعتبار ان التزام المؤمن الوحيد بدفع مبلغ التامين ينشأ بعد تحقق الحادث وبناء عليه كيف يمكن اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد لو حكم بالفسخ ؟ يضاف الى ذلك انه كيف يمكن تحقيق رغبة المؤمن له لو تم بالفعل فسخ عقد التأمين ، اذا ما أراد ان يبرم عقد جديدا اخر يحقق له اهدافه فاثار عقد التأمين قد تحققت وهى وقوع الخطر ، ونشوء التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين ، والحكم بالفسخ فى هذه الحالة يعنى ان يتحمل المؤمن له كل آثار الخطر او الكارثة ، الى جانب فقدانه لاقساط التأمين التى دفعها ، لان عقد التأمين ليس له اثر رجعى باعتباره من العقود الزمنية ، ويقتصر اثره على المستقبل فقط .

ولو افترضنا امكانية عودة تلك الاقساط اليه ، فان ذلك لن يؤدى الى توقى الخطر او الكارثة بصفة كاملة .

ويضاف الى ما سبق انه لو افترضنا ايضا امكانية الحكم بالفسخ مع التعويض فاننا نعتقد ان مثل هذا الامر قد يبدو لاول وهلة قريب بعض الشىء من مصلحة المؤمن له ذلك لان القاضى سيقوم بتقدير التعويض على اساس مقدار الضرر الناجم عن الحادث وقد يصعب عليه ذلك لانه سيحتاج الى قواعد خاصة قلما يستطيع ان يصل اليها ولذلك فان مطالبة المؤمن له بالفسخ حتى مع التعويض لن يكون له من فائدة حقيقية بالنسبة اليه وعليه وجب على المؤمن ان يسلك سبيل المطالبة بالتنفيذ (1) باعتباره احد

---

(1) وقد اثير التساؤل حول ما اذا كان الالتزام بدفع مبلغ التأمين معلقا على شرط واقف او لا ، فذهب جانب من الفقه الى ذلك على اساس ان الشرط الواقف هو تحقق الخطر المؤمن منه (بيكار وبيسون فقرة ٢٤ ص ٧٦ فى التامين البرى جـ١ سنة ١٩٥٠ ، غير

السبيلين اللذين حددتهما المادة ١٥٧ وهو افضل السبل للوصول الى حقه كما ان له أن يطالب الى جانب ذلك بالتعويض اذا كان له مقتضى [١] .

١١٥ — اما عن الحالة الاخرى التي يمتنع فيها المؤمن له عن القيام بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه فاننا نجد ان القواعد العامة المتعلقة بالفسخ نجد لها في هذا الخصوص مجالا خصبا ٠

وقبل ذلك لابد لنا من التعرف على الالتزامات التي تقع على عاتق المؤمن له فالمؤمن له يلتزم تجاه المؤمن بالتزامين اساسين هما الالتزام بدفع القسط، والالتزام بابلاغ المؤمن بما يطرأ اثناء العقد من ظروف تؤدى الى زيادة الخطر ويكون الابلاغ عن ذلك بدقة وبحسن نية ، ويوجد هناك التزام اخر يتعلق بالكارثة او الخطر اذ يجب على المؤمن له ان يخفف منها ان امكن وان يخطر عنها ، ويبلغها الى السلطات المختصة ٠

فاذا اخل المؤمن له بالتزامه الخاص بدفع قسط ، جاز للمؤمن طبقا للقواعد العامة اما ان يُطالب بالتنفيذ العيني وأن يطالب بالفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى [٢] والجدير بالاشارة ان جزاء الفسخ لا يؤدى الى تحلل المؤمن من التزامه بضمان الخطر الا بعد صدور الحكم بالفسخ ، وعليه فانه يظل ملتزما بالضمان حتى في خلال الفترة التي تكون فيها الدعوى قائمة امام المحكمة ولذلك فلا يكفي هذا النوع من الجزاء الذي يتم عن طريق القضاء لتحقيق الحماية الكافية للمؤمن ، والسبب في ذلك ان المؤمن له قد يستغل طول اجراءات الدعوى لمصلحته ، وفي هذا تعارض مع مصلحة المؤمن وبناء عليه فقد درجت شركات التأمين حفاظا على مصالحها على الاشتراط في وثيقة التأمين بانه عند اعدم الوفاء بأي قسط من الاقساط يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار او حكم قضائي (المادة ١٥٨) [٣] .

(١) نقض تجاري فرنسي ٣ يوليه سنة ١٩٦٤ داللوز ١٩٦٥ — ١ — ٦٨ ، كما يحق للمؤمن له ان يطالب بالفوائد التأخيرية في حالة ما اذا كان عوض التامين مبلغا من النقود ، وهو لا يستحق الا من وقت المطالبة القضائية وفي المقابل يجوز للمؤمن طبقا للقواعد العامة ان يخصم من مبلغ التامين ما يكون دائنا به للمؤمن له اذا كانت هناك اقساط متأخرة على سبيل المثال او اقساط كان المؤمن له قد اقترضها انظر في هذا المعنى نقض فرنسي ٢٥ — مايو سنة ١٩٤٣ ٠

(٢) انظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٠ و ١٦ نوفمبر

غير ان ادراج مثل هذا الشرط في عقد التأمين رغم ما يحققه من فوائد لصالح المؤمنين يعتبر في نفس الوقت في غاية الخطورة بالنسبة للمؤمن لهم ، وعلى الخصوص في الحالة التي تشترط فيها شركات التأمين ان يتم الوفاء بالقسط في مقر الشركة فكان مجرد حلول اجل القسط وعدم الوفاء به من جانب المؤمن له ، يترتب عليه نسخ العقد بقوة القانون دون اعذاره او تنبيه بحلول الاجل ، وبالتالي حرمان المؤمن له من الضمان .

ولذلك كان من المفروض ان يتدخل المشرع للتوسط بين مصالح الطرفين واعمال ما هو ضروري لتحقيق العدالة للجانبين ، وهذا ما كان منصوصا عليه فعلا في المادة ١٠٧٤ (١) من المشروع التمهيدي للقانون المدني الذي كان يقول " اذا لم يدفع احد الاقساط في ميعاد استحقاقه جاز للمؤمن ان يعذر طالب التأمين بكتاب موصى عليه ، يرسل اليه في اخر موطن معلوم مبينا فيه انه مرسل للاعذار ، ومذكرا بالنتائج التي تترتب عليه طبقا لهذه المادة ويترتب على هذا الاعذار ان يصبح القسط واجب الدفع في مركز المؤمن ، فاذا لم يكن للاعذار نتيجة وقت سريان عقد التأمين ، ولا يكون ذلك الا بعد انقضاء عشرين يوما من وقت ارسال الكتاب ويجوز للمؤمن بعد لانقضاء ثلاثين يوما اما ان يطالب بتنفيذ العقد قضاء واما ان يفسخه بكتاب موصى عليه يرسل الى طالب التأمين ... الى اخره .

الا ان هذا النص للاسف الشديد قد حذف في لجنة مجلس الشيوخ لكونه يتعلق بجزئيات وتفاصيل يحسن ان تتضمنها قواعد خاصة . (٢)

وهكذا لم يعد امام شركات التأمين اي قيد في فسخ العقد او ايقافه بمقتضى

= سنة ١٩٣٠ استنادا واستئناسا بالمادة ١١٨٤ ، وفي الحالة التي لم يكن فيها اشتراط الفسخ كانت المحاكم الفرنسية تطبق الفقرة الثالثة من النص السابق (الفسخ القضائي) انظر في هذا المعنى نقض مدني فرنسي ١٠ اغسطس سنة ١٨٧٤ داللوز ١٨٧٥ ـ ١ ـ ١٧٨ ، محكمة باريس ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ ـ ٢ ـ ٥٠٩ .

(١) وهي مستمدة من القانون المدني الفرنسي الخاص بالتأمين في المادة ١٦ من القانون الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ وتحمل الان بمقتضى المرسوم الصادر في ١٠ يولية سنة ١٩٧٦ رقم ١١٣ ـ ٢ الفقرتين الثانية والثالثة وترجمتها انه في الحالة التي يتاخر فيها المؤمن له عن الوفاء يجب على المؤمن ان يعذره بخطاب مسجل او موصى عليه ولا يقتضي الشركة الا بعد مرور عشرين يوما من هذا الاعذار فاذا لم يقم المؤمن له بالوفاء بالقسط المتاخر والمصاريف في ظرف عشرة ايام من هذا الايقاف يجوز للمؤمن بحسب الاحوال اما فسخ العقد او المطالبة بالقسط قضاء ، والفسخ يتم بواسطة خطاب مسجل يرسل الى المؤمن له .

شرط يشترط الاطراف ولذلك فاننا نرى انه لابد من تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف وهو المؤمن له لان المجال سيترك مفتوحا لشركات التأمين ان تشترط ما تشاء من شروط ، وخاصة الشروط المتعلقة بالفسخ ، وبالرغم من ان ذلك الاشتراط لا يخالف القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٥٨ ، باعتبار انه قد تم بتوافق الاطراف الا اننا نعتقد ، ويحكم ان هذا العقد من عقود الاذعان انه يجب ان يكون هناك نوع من التدخل سواء فى المجال التشريعى او فى المجال القضائى لحماية الطرف المذعن .

١١٦ - اما فيما يتعلق بالالتزام الاخر والخاص بتقديم البيانات اللازمة عن الخطر الى جانب ما يستجد من ظروف تؤدى الى تفاقمه ، فان جزاء الاخلال به يتحدد بحسب ما اذا كان المؤمن له حسن النية او سىء النية .

وللاسف الشديد لم ترد فى المجموعة المدنية المصرية اية اشارة لنوع الجزاء الذى يمكن ان ينطبق على المؤمن له المخل بذلك الالتزام ، وان كان المشروع التمهيدى قد تضمن نصا خاصا بهذا الشأن كان يحمل رقم ١٠٦٦ ويقضى بوجوب ان يقوم المؤمن وقت ابرام العقد بتقدير كل الظروف المعلومة له بدقة ، والتى يهم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التى يأخذها على عاتقه ويعتبر مهما فى هذا الشأن الوقائع التى جعلها المؤمن محل اسئلة محدودة مكتوبة ، وبوجوب ان يخطر المؤمن بما يطرأ اثناء العقد من ظروف من شأنها ان تؤدى الى زيادة هذه المخاطر.(1)

واذا تخلف المؤمن له عن القيام بهذين الالتزامين فان المادة ١٠٦٧ من نفس المشروع التمهيدى كانت تعطى للمؤمن الحق فى طلب ابطال العقد ، اذا كتم طالب التأمين امرا او قدم عن عمد بيانا كاذبا ، وكان من شأن ذلك ان يتغير موضوع الخطر او تقل اهميته فى نظر المؤمن ، وتصبح الاقساط التى دفعها حقا خالصا للمؤمن اما الاقساط التى حلت ولم تدفع له الحق فى المطالبة بها ، وتسرى الاحكام السابقة فى كل الحالات التى يفسخ فيها العقد لاخلال المؤمن بتعهداته عن غش ، اما اذا كان المؤمن له حسن النية فانه يترتب على الفسخ ان يرد المؤمن مقابل التأمين او يرد منه القدر الذى يتحمل فى مقابله خطرا ما (٢) .

---

(١) وكالمادة حذفت هذه المادة فى لجنة مجلس الشيوخ ، لانها تتعلق بجزئيات يحسن ان تتضمنها قوانين خاصة (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣٣٩ فى الهامش) .

La proportionn- [illegible] مع الخطر

والى جانب ماتقدم كانت المادة ١٠٦٨ من المشروع التمهيدى ، تقضى بانه لا يترتب على كتمان طالب التأمين لامر او اعطائه بيانا كاذبا بطلان العقد ، اذا لم يقم الدليل على سوء نيته ، فاذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر ، جاز للمؤمن ان يطالب بفسخ العقد فى خلال عشرة ايام من اخطار طالب التأمين بخطاب موصى عليه ،الا اذا قبل هذا زيادة فى القسط تحسب على اساس تعريفه الاقساط ، اما اذا لم يظهر ما وقع من كتمان او كذب الا بعد تحقق الخطر ، وجب خفض التعويض بنسبة الفرق بين معدل الاقساط التى دفعت ومعدل الاقساط التى كان يجب ان تدفع وكانت المخاطر قد اعلنت للمؤمن على وجه تام وصحيح (١) .

وتجدر الاشارة الى ان المادتين ١٠٦٧ ، ١٠٦٨ ، منقولتان عن المادتين ٢١ و ٢٢ من قانون التأمين الفرنسي ، الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ - واللتين اصبحتا الان تحملان رقم ١١٣-٨، ١١٣-٩، هذا وقد كان القضاء الفرنسى قبل صدور قانون التأمين فى سنة ١٩٣٠ يجرى على تطبيق المادة ٣٤٨ من قانون التجارة البحرية ، والتى تقابلها فى القانون التجارى البحرى المصرى المادة ١٩٠، على هذا النوع من الاخلال، اذ تقول المادة السابقة " اى كتمان او اعلان خاطئ من جانب المؤمن له ، يكون من شأنه التقليل من اهمية الخطر او تغير موضوعه يترتب عليه بطلان التأمين حتى ولو لم يكن لهذا الكتمان او البيان الخاطئ اى تأثير فى وقوع الضرر أو هلاك الشئ " .

غير ان الشراح هناك قد اختلفوا حول اساس هذا البطلان ، فمنهم من يرده الى البطلان الناشئ من عيوب الرضا كالغلط او التدليس ، ومنهم من يرده الى نوع اخر خاص بالالتزام الناشئ من عقد التأمين .

غير ان المشكل الاساسى الذى حير الفقهاء هو مصير الاقساط المدفوعة هل تبقى فى حوزة المؤمن ، او تعود الى المؤمن له ؟

= ويقوم تحديده على اهمية ذلك الخطر ونشوئه مع ما يدخل فى الحساب عن الاعباء التى يضطلع بها المؤمن والمفروض ايضا انه فى حالة ما اذا تغير الخطر ان يتغير القسط على الا يكون لذلك التغير اى دخل من جانب المتعاقدين (انظر فى هذا المعنى حسين عامر فى الغاء العقد فقرة ١١٠ ص ١٧٨ ، عبد المنعم البدراوى - المرجع السابق فقرة ٢٢٠ ص ٣٠٩ السنهورى ج٧ فقرة ٦١١ وما بعدها ، ليلتيه الرسالة السابقة ص ١٢٥ بلانيول ريبير بيسون ج١١ فقرة ١٣٠٢ .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج٥ ص ٣٤٠ ، ص ٣٤٢ فى الهامش .

وقد حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف المحير وقضت بان البطلان يقضي على العقد كلية وبأثر رجعي ، بحيث تعود الى المؤمن له جميع الاقساط التي تم دفعها مالم يكن هناك شرط جزائي يقضي باعفاء المؤمن من رد الاقساط على سبيل التعويض وذلك دون تمييز بين ما اذا كان المؤمن له حسن النية او سيء النية فيما كتمه من بيان غير صحيح او ادلة[(١)] .

١١٧ - وفي هذا السياق قضت المادة ١١٣ - ٤ من قانون التأمين الفرنسي الجديد وكانت في الماضي تحمل رقم ١٧ ، بانه اذا ما خالف المؤمن له الالتزام الخاص باخطار المؤمن بما طرأ من زيادة على الخطر ، سواء كان بفعله او بفعل غيره ، يجوز للمؤمن ان يفسخ العقد او يستمر فيه ولكن مع تحديد سعر جديد للقسط ، واذا رفض المؤمن له الاستمرار مع القسط الجديد ، فان عقد التأمين يلغى ، ويجوز للمؤمن ان يطالب بالتعويض اذا كان له مقتضى .[(٢)]

---

(١) نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٥-١-١١٦ ، ٤ فبراير سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥-١-١٤٦ ، ٨ مايو سنة ١٩٣٥ داللوز الاسبوعي ١٩٣٥-٣٧٨ ، ٩ نوفمبر سنة ١٩٤١ ، وانظر كذلك بلانيول وريبير وليرانيو وبنسون جـ١١ فقرة ١٣٠٤ ص ٦٨١ ، والظاهر ان هذا الحكم لم يعجب الشركات التأمين لانه يتضمن اجحافا بكل للمؤمن برده للاقساط وللمؤمن له اذا كان حسن النية ، ولهذا جرى العمل في وثائق التأمين بين شركات التأمين وعملائها على شروط خاصة منها بالنسبة للمؤمن استيفاء الاقساط المدفوعة اما بالنسبة للمؤمن له حسن النية فكانت متضمنة القسط الذي وقع والقسط الذي كان يجب دفعه على اساس صحة البيانات ، وهكذا يتناسب القسط المدفوع مع مبلغ التأمين ، هذا وقد قام القانون الفرنسي للتأمين الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ بنقل هذه الامور في كل من المادتين ٢١ ، ٢٢ اذ فرق بين المؤمن له حسن النية وسيء النية ونشير في هذا الصدد الى ان القانون العراقي في المادة ٩٨٧ قد تحدث عن فسخ عقد التأمين في حالة ما اذا كتم المؤمن له امرا او قدم عمدا بيانا كاذبا حيث يكون الحكم في حالة ما اذا كان المؤمن له سيء النية ان تصبح الاقساط التي تم دفعها حقا خالصا للمؤمن اما اذا كان حسن النية فيجب ان ترد الاقساط التي تم دفعها او يرد القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطر ما .

(٢) هذا وقد تحدثت الفقرة الاولى من تلك المادة على انه في الحالة التي يتسبب فيها المؤمن في زيادة الخطر يجب عليه ان يبلغ ذلك الى المؤمن بخطاب موصى عليه اما الفقرات الثانية والثالثة فهي كالاتي :

"Quand, par son fait , l'assuré aggrave les risques, l'assuré doit en faire préalablement la déclaration à l'assureur par lettre recommandée - Quand

ويتضح لنا من هذا النص ان حق فسخ عقد التامين في حالة اخلال المؤمن له بالالتزام بالتبليغ - هو في نظرنا فسخ يقع بقوة القانون - ولا يتم عن طريق القضاء كما ذهب الى ذلك الاستاذ حسين عامر[1] ويدعم راينا هذا ما كانت عليه الاعراف التأمينية السابقة على وضع القانون الفرنسي للتأمين (الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠) ، والتي كانت شركات التأمين هناك تدرج في وثائق التأمين من الشروط ما يضمن مصالحها ، وبالتالي حقها في فسخ عقد التأمين بقوة القانون لو تحقق سببه.

١١٨ - اما المادة ٢١ والتي اصبحت الان تحمل رقم ١١٣ - ٨ ، فقد تحدثت عن بطلان عقد التأمين في حالة ما اذا كتم المؤمن له امرا او قدم عن عمد بيانا كاذبا وكان من شأنه ان يتغير موضوع الخطر ، او تقل اهميته في نظر المؤمن ، وان تصبح الاقساط التي تم دفعها للمؤمن حقا خالصا له ، واما التي حلت ولم تدفع يكون له حق المطالبة بها ، والبطلان هنا جزاء اقتضته طبيعة التأمين ، يوقع على المؤمن له سيء النية[2] .

واذا كان ما تقدم في النص السابق يدور حول الاثر الذي يترتب على مسلك المؤمن له سيء النية فان المادة ٢٢ من قانون التأمين وهي الان تحمل رقم ١١٣ - ٩ ، تتحدث عن نفس المسلك الذي سلكه المدين ولكن بحسن النية ، هذا وقد فرقت هذه المادة في الحكم فيما بين ما اذا كان قد اكتشف امر التكتمان او تقديم البيانات قبل الحادث او بعده ، فاذا اكتشف المؤمن الحقيقة قبل وقوع الحادث كان له الخيار اما في

=

celui-ci doit en fair la declaration par lettre dans un delai maximum de huit joures. Danå l'un et l'autre cas, l'assureur a la facultz soit de résilier le contrat , soit de proposer un nouveau taux de prime. Si l'assuré n'accepte pas le nouveau taux , le contrat est résilie, et l'assureur, dans le cas du primier alinea ci-dessus, conserve le droit de reclamer une indemnite de vant les tribunaux.

(١) انظر حسين عامر في كتابه الغاء العقد ص ١٨٢ .

(٢) انظر في حقيقة هذا البطلان ، عبد المنعم البدراوي المرجع السابق فقرة ٢٢٩ ، ص ٣٢١ السنهوري جـ٦ فقرة ٦٢٢ ص ١٢٧٦ وما بعدها ، بلانيول وريبر وليرانيور بكسون جـ١١ فقرة ١٣٠٥ .

ابقاء العقد مع زيادة القسط زيادة تتناسب مع الخطر الفعلي اذا قبل المؤمن ذلك او فسخ العقد ، بحيث يعلن ذلك الى المؤمن له بعد عشرة ايام من ارسال المؤمن لخطاب موصى عليه يعلنه بذلك ، ويترتب على وقوع الفسخ وقف ضمان المؤمن ، ومن ثم عدم الحق في الحصول على باقي الاقساط ،واذا كانت تلك الاقساط قد دفعت مقدما ، وجب عليه ان يرد ما يقابل الفترة التي لم يكن فيها متحملا لتبعة الخطر[1] ، والفسخ هنا ايضا يقع بقوة القانون .

اما اذا كشف المؤمن الحقيقة بعد وقوع الحادث فان المنطق يقتضي تخفيض عوض التأمين ، عن طريق حساب نسبة الاقساط المدفوعة الى الاقساط التي كان يجب ان تدفع على اساس درجة احتمال الخطر ، وبطريق حساب الاحتمالات لانه لابد ان يتناسب القسط مع الخطر .

وفي هذا الصدد لابد من الاشارة الى ان المجموعة المدنية المصرية قد جاءت بنص وحيد تعرض فيه المشرع المصري للجزاء الذي يترتب على الكتمان او البيان الخاطئ ، وذلك في المادة ٧٦٤ حيث تقول " لا يترتب على البيانات الخاطئة ولا على الغلط في سن الشخص الذي عقد التأمين على حياته ،بطلان التأمين الا اذا كانت السن الحقيقية للمؤمن عليه تجاوز الحد المعين الذي نصت عليه تعريفة التأمين .

وفي غير ذلك من الاحوال ، اذا ترتب على البيانات الخاطئة او الغلط ان القسط المتفق عليه اقل من القسط الذي كان يجب اداؤه ،يجب تخفيض مبلغ التأمين بما يتعادل مع النسبة بين القسط المتفق عليه ، والقسط الواجب اداؤه على اساس السن الحقيقية .

اما اذا كان القسط المتفق على دفعه اكبر مما كان يجب دفعه عن السن الحقيقية للمؤمن على حياته فيجب على المؤمن ان يردها دون فوائد الزيادة التي حصل عليها ، وان تخفض الاقساط التالية الى الحد الذي يتناسب مع السن الحقيقية للمؤمن[2]

(١) ويشير الاستاذ السنهوري في الوسيط جـ٧ فقرة ٦٢٩ ص ١٢٨١ الى مشروع الحكومة في المادة ٢٧ منه بفقرتيه الثانية والثالثة ، والتي تتحدث عن البطلان كجزاء على مثل هذا المسلك من جانب المؤمن له حسن النية ، لكنه يتحدث في هامش نفس الصفحة رقم٢ عن انه من الممكن الوصول الى نفس النتائج التي يتوصل اليها البطلان عن طريق تطبيق القواعد العامة ،لو قلنا بفسخ عقد التأمين لعدم وفاء المؤمن له بالتزامه ، بدلا من القول بابطال العقد ،ذلك لان الفسخ لايكون له اثر رجعي باعتبار ان عقد التأمين عقد زمني فيبقى المؤمن ملتزما بضمان الخطر،كما يبقى المؤمن له ملتزما بدفع الاقساط الى يوم الفسخ .

(المادة ٨١ من قانون التأمين الفرنسي القديم - المادة ١٣٢-٢٦ الجديد) .

١١٩ - وبناء على ذلك يتبين لنا ان البطلان الخاص كجزاء على الخطأ في سن المؤمن في الحالة التي تزيد فيها هذا السن عن الحد المعين لتعريفة التأمين لا يفرق ما بين المؤمن له حسن النية ، وسيء النية[1] ، ولذلك فانه في الحالات الاخرى حيث تكون سن المؤمن له داخل حدود تعريفة التأمين ، لا يبطل العقد بل يراعى في ذلك القاعدة المعروفة بتناسب القسط مع الخطر تناسبا تلتقي فيه مع السن الحقيقية للمؤمن عليه ، وزيادة على ما تقدم توجد حالة من حالات التأمين على الحياة قد تقترب نوعا ما من القواعد العامة المتعلقة بالفسخ ، وبصفة خاصة المادة ١٥٨ ، وهذه الحالة تتضمنها المادة ٧٥٩ من التقنين المدني التي تقول " يجوز للمؤمن له " في التأمين على الحياة " الذي التزم بدفع اقساط دورية ان يتحلل في اي وقت من العقد باخطار كتابي يرسله الى المؤ من قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الاقساط اللاحقة "[2] .

وهذا التحلل من العقد وان كان يتفق مع طبيعة التأمين على الحياة الا انه يتفق ايضا مع القاعدة العامة الواردة في المادة ١٥٨ ، باعتباره فسخا يقع بقوة القانون ، والمعلوم ان التأمين على الحياة يختلف عن غيره من انواع التأمين ، لان دفع الاقساط فيه يكون اختياريا وليس اجباريا ، بحيث يستطيع المؤمن له ان يتوقف عن دفع الاقساط في اي وقت يشاء ، وهذا تأكيدا لما كان يجرى عليه العمل بين شركات التامين والعملاء ، اذ يستطيع المؤمن له ان يتحلل من العقد عن طريق التوقف عن دفع الاقساط ولا يكون للمؤمن ان يجبره على دفعها ، ولا ان يطالبه عند عدم الوفاء بها بأي تعويض .

(١) هذا وقد جرت احكام القضاء المصري على تقرير البطلان مع حرمان المؤمن له من استرداد الاقساط ، وذلك في حالة ما اذا كان المؤمن عليه سيء النية (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٠٣ مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ١٥ ص ٣٤٠ ، استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٥ نفس المجموعة السنة ١٧ ص ٢٥٥ ، استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة السنة ٥٦ ص ٤٩٧ ، نقض ١٤ ابريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٧ ص ٧٥٥ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ان هذا النص مقتبس من المادة ١٦٥ من القانون الالماني للتأمين الصادر في سنة ١٩٠٨ والقانون السويسري المادة ٨٩ ومعناها ، ان لا يكون للمؤمن دعوى للمطالبة بدفع الاقساط ، وليس هناك جزاء لعدم دفع القسط بعد استيفاء الاجراءات المقررة في المادة ١٦ الا فسخ

وإذا اردنا ان ندلى برأينا فيما يتعلق بالفرق ما بين موقف المشرع المصرى وموقف المشرع الفرنسى فى المادة السابقة ، والتى يختلف فيها المشرع الفرنسى عن المصرى فى عدم ضرورة قيام المؤمن له باعلان المؤمن باخطار كتابى اذا اردا ان يتحلل من العقد . (١) فاننا نقول ان المشرع المصرى قد احسن صنعا فى عدم الاخذ بحكم المادة ٧٥ من قانون التأمين الفرنسى والتى هى الان تحمل رقم ١٣٢ـ٢٠ ، لانه وفق بين مصلحة المؤمن فى ان يخطره المؤمن له بتحلله من العقد قبل انتهاء الفترة المحددة وبين مصلحة المؤمن له فى الا يجبر على دفع القسط وان يترك له الحرية فى التحلل من هذا التأمين اذا لم تعد له حاجة فيه .

ورغم ذلك فاننا نعتقد انه لا يوجد ثمة فرق كبير بين موقف كل من القانونين لسبب بسيط وهو ان شركات التأمين الحديثة بما تملكه من اجهزة علمية معقدة ، وفنيين على دراية كافية من العلم والتكنولوجيا الى جانب استخدام العقول الالكترونية فى تحديد مواعيد الاقساط وواجب دفعها فى اوقاتها المحددة تستطيع ان تعلم بسهولة بعدم قيام عملائها فى هذا النوع من التأمين بدفع القسط الواجب ، وتقرر مباشرة فسخ عقد التأمين على اساس ان المؤمن له فى حالة عدم دفعه للقسط قد سلك مسلكا جعل فيه العقد مفسوخا بقوة القانون .

ومع ذلك فاذا كانت طبيعة عقد التأمين تستلزم مثل هذا الامر فان طبيعة الفسخ نفسه حتى لو كان فسخا بقوة القانون تستلزم ان يصدر من احد الاطراف مسلك يدل دلالة واضحة على تحلله من العقد وفسخه ، ولذلك فاننا نفضل ان يكون هناك مسلك ايجابى يصدر من المؤمن له على الموقف السلبى الذى يتخذه ، وان كان هذا الموقف يمثل اعلى درجات الفسخ الاتفاقى بحسب نص المادة ١٥٨ وبالذات فى هذا النوع من العقود .

١٢٠ - فالطبيعة القانونية لعقد التأمين على الحياة ، على الرغم من بعض الخلافات

---

(١) هذا وتأكيدا للنص الفرنسى السابق كان العرف والعمل فى فرنسا قبل صدور القانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ يجرى على نفس ما ذهبت اليه المادة رقم ٧٠ اذ لم يقم المشرع الفرنسى الا بتقنين هذا العمل بحيث اصبح قاعدة شرعية ، انظر فى هذا المعنى لبلتيه الرسالة السابقة ص ١٢٦ ، ومحكمة السين ٢٠ يونية سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩١٥ - ٢ - ٢٩٤ ، ١٣ مايو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ - ٢ - ٣٦١ .

تتحدد فى ان هذا العقد يعتبر عقدا متجددا سنة بعد سنة ، بحسب دفع القسط فى المدة المحددة له ، وان كان تجدده لا يغير من كونه عقدا واحدا ابرم لوقت محدد وثابت فى عقد التأمين ، غير ان ميزة هذا العقد هى انه قابل للفسخ فى حالة عدم دفع القسط فى الوقت المحدد ، بحيث يستطيع المؤمن له بحسب تلك الميزة اذا لم يكن قادرا على الدفع وبصفة خاصة عندما تتقدم فى العمر - وبالتالى ارتفاع قيمة القسط - ان يمتنع عنه ويتحلل او يعدل عن الاستمرار فى عقد التأمين ، وهذا يعنى ان المؤمن له يملك خيار الفسخ او الاستمرار فى عقد التأمين .

ونخلص مما تقدم الى ان الحالة الخاصة التى سبقت الاشارة اليها والتى تتعلق بعقد التأمين على الحياة لا تدخل فى نطاق المادة ١٥٧ الخاصة بالفسخ القضائى ولكن هى حالة من حالات الفسخ بحكم الاتفاق تدخل ضمن نطاق المادة ١٥٨ ، بحيث يتم عن طريق اعلان فى خطاب موصى عليه يرسل الى المؤمن هذا فى مصر اما فى فرنسا فان مجرد التوقف عن دفع الاقساط من شأنه ان يجعل عقد التأمين على الحياة مفسوخا من الناحية القانونية دون حاجة الى اى تعبير(١) .

La nature juridique du contrat d'assurance sur la vie perment donc d'éxpliquer facilement la résiliation de plein droit du contrat pour non-paiement des primes

---

(١) انظر فى هذا المعنى لبلتيه ، حيث يحدثنا عن الميزة التى اخذ بها القانون الفرنسى فى النص الخاص بالتامين على الحياة فى حالة عدم قيام المؤمن له بدفع القسط فى الموعد المحدد (المادة ٧٥) بحيث لم يأخذ بما جاء فى المادة ١٦ من نفس القانون حول الانتظار عشرون يوما ثم عشرة ايام ، ثم اعلان الفسخ ، وذلك بسبب الاعتبارات الضرورية والعملية التى دعت الى ذلك على اساس ان الخطر سيتحقق فى اى لحظة الى جانب ان عقد التامين يتضمن مدة من المفروض ان يقوم المؤمن له خلالها بالدفع قد تقصر او تطول فى نظر المؤمن بحسب ظروف المؤمن له الذى لم يقم بدفع القسط ، وهذا بالطبع سيؤثر على المؤمن فى حالة عدم الدفع وحساب الثلاثين يوما الاخرى التى سيظل فيها ايضا فى حالة ضمان للخطر ولذلك فان المشرع الفرنسى فى مراعاته للعرف التأمينى الذى كان يجرى عليه العمل قبل اصداره لقانون التأمين قد راعى الظروف الضرورية والعملية التى تسير عليها ومنها عقود التامين وبالذات عقد التامين على الحياة ص ١٣٨ وما بعدها) .
ونشير فى هذا الصدد الى ان محكمة اكس قد خالفت فى حكم لها بتاريخ ١٥ ابريل سنة ١٩٤٢ نص المادة ٧٥ وطبقت حكم المادة ١٦ ، مشار الى ذلك فى انسكلوبيدى داللوز الطبعة الثانية ١٩٧٧ " التامين على الحياة فقرة ٤٤ الى فقرة ١٨٨ من ص ٤ الى ص ١٣ ، وبصفة خاصة فقرة ١٣٧ فى اشارتها الى هذا الحكم نقض مدنى سيرى ١٩٤٢-٢-٤٢ تعليق .

ونضيف الى ما تقدم ان معظم الحالات الاخرى المتعلقة بعقود التأمين تبدو وكأن الفسخ فيها يقع دائما بقوة القانون للاعتبارات العملية والضرورية التى تجعل هذا الفسخ فى غير حاجة الى ان يتم عن طريق القضاء ، وهذا من شأنه ان يحيى الفكرة التى سبق ان تحدثنا عنها ، وهى فكرة الشرط الفاسخ الضمنى ، حيث كان معمولا بها عند شركات التأمين والمؤمن لهم او عليهم ، اما بعد صدور القوانين الخاصة بالتأمين سواء كان فى فرنسا او فى مصر فقد اصبحت تلك الشروط ضمنية ومتفق عليها فى جميع عقود التأمين ، اخذ فى الاعتبار بالضرورات العملية وضمان تحقيق الغايات المقصودة من ابرام تلك العقود .

١٢١ — اما فى الاحوال الاخرى التى تتعلق بعدم تنفيذ الالتزامات ، سواء بالنسبة للمؤمن او للمؤمن له ، وذلك فى غير التأمين البرى (التأمين من الاضرار — الاشخاص) فان القواعد العامة ، سواء كانت فى المجموعة المدنية المصرية (١٥٧—١٥٨) او فى المجموعة المدنية الفرنسية (المادة ١١٨٤) تنطبق عليها .

ففى التأمين البحرى نجد انه اذا اخل المؤمن لهبتنفيذ التزامه بدفع القسط فى المواعيد المحددة له يكون للمؤمن الحق فى ان يتقدم الى القضاء طالبا الحكم بالفسخ المقد طبقا للمادة ١٥٧ مدنى مصرى ١١٨٤ مدنى فرنسى ، الا ان واقع التأمين البحرى من شأنه ان يجعل تطبيق ما سبقت الاشارة اليه تطبيقا نظريا فقط ، لان شركات التأمين البحرية مثلما كان معمولا به فى فرنسا قبل صدور قانون ١٣ يونية سنة ١٩٣٠ يدرج فى وثائق التأمين شرطا خاصا تحدد فيه الاتى انه فى حالة عدم دفع الاقساط او فى حالة الاخلال بالالتزام الخاص باعلان الخطر يترتب عليه فسخ عقد التأمين بقوة القانون de plein droit .

وكذلك فى عقود التأمين النهرى والجوى ، فهى تخضع بصفة عامة للقواعد المتعلقة بالفسخ (١٥٧—١٥٨) غير ان جميع وثائق التأمين النهرى والجوى تتضمن نصوصا اتفاقية من شأنها ان تجعل الفسخ فيها يتم بحكم الاتفاق فى معظم الاحوال .

وهكذا نصل الى القول بان جميع حالات التأمين ايا كان نوعها يرد عليها الفسخ وان كان الغالب فيها ان يكون الفسخ بحكم الاتفاق او بقوة القانون بدلا من ان يكون بطريق القضاء .

** الفصل الثانــي **

تطبيق الفسخ فى العقود الملزمة لجانب واحـــــــد
APPLICATION DE LA RESOLUTION AUX CONTRARS UNILATERAUX

١٢٢ — ليست العقود الملزمة للجانبين ، هى وحدها القابلة لان تكون محــــلا لتطبيق نظرية الفسخ — بل هناك نوع اخر من العقود ، وهى العقود الملزمة لجانــب واحد اذ من الممكن ان تخضع ايضا للفسخ فى الحالة التى يرتب فيها العقد وقــت ابرامه على الطرف غير الملتزم التزاما مقابلا للالتزام الاصلى .

وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقه (١) ، حيث قالوا بامكانية امتداد تطبيــق القواعد العامة فى الفسخ على العقود الملزمة لجانب واحد فى الحالة التى يوجد فيهما تكليف او عوض وفى هذا الصدد يقول ديمتريسكو (٢) بانه يوجد دليلان يقوم عليهما ذلــك الامتداد :

الاول : مبدأ العدالة الذى على اساسه يقضى بالفسخ فى العقود الملزمة للجانبيــن ، وفى نفس الوقت العقود الملزمة لجانب واحد وان كل العقود كما يقول تسير اليوم تحت تأثير قواعد الانصاف " .

الثاني : العامل التاريخى ، حيث رأى الفقه ان المادة ١١٨٤ كانت تمثل القانون المشترك لكل من العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد . وان المشـرع عندما تكلم عن العقود الملزمة للجانبين كان يهدف من وراء ذلك ان يزيل الشك الذى يمكن ان يثار حول امتداد هذا الحكم الى العقود الملزمة لجانــب واحد . فى حالة وجود المقابل .

ولكننا نعتقد بانه لكى يقوم الفسخ فى تلك العقود لابد وان ينشأ علــى عاتق الطرف المقابل للالتزام الاول التزام يكون فى حالة تقابل وترابط بينه وبين ذلــك

(١) انظر فى هذا المعنى كابيتان فى السبب فقرة ١٥٦ ، ديمولومب جـ٢٥ فقرة ٤٩٢ ومــا بعدها ، لارومير المادة ١١٨٤ فقرة ٣ هيك جـ٧ فقرة ٢٦٧ ، لوران جـ٢٦ فقرة ٢١٥ ، بودرى لاكترى وبارد جـ٢ فقرة ٩٠٥ ، اوبرى ورو جـ٤ ص٣٠٢ ، كولان وكابيتان الالتزامات ص ٣٤٩ ، لبليته رسالة السابقة ص١٢٥ وما بعدها ، ديمتريسكو الرسالة السابقة ص١١٥ وفى هذا المعنى يقول الاستاتذة بلانيول وريبير واسمان :
"L'article 1184 ne sanction pas seulement l'inéxecution des obligations nées des contrat synallagmatiques mais aussi des contrats unilateraux a titre onéreux ".

الالتزام الاول • فاذا ظهر هذا الامر فى العقود الملزمة لجانب واحد امكن القول بدون صعوبة بامتداد تطبيق القواعد العامة فى الفسخ عليها • اما اذا كان العكس ، فاننا نعتقد بعدم تحقق ذلك الامتداد •

وبعبارة اخرى ، اذا ترتب على العقد الملزم لجانب واحد ، التزام على الطرف الاخر فان العقد يصبح فى الحقيقة عقدا ملزما للجانبين ، لان اساس القاعدة العامة فى الفسخ كما اسلفنا هو فى فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين • وليس مبدأ العدالة الذى ذهب اليه يمتريسكو ونزولون •

وبناء على ذلك ستقوم بدراسة الفسخ فى عقد الهبة بتكليف فى مبحث اول ، وذلك للاهمية التى يكتسيها هذا العقد لدى الفقه ثم نتكلم فى مبحث ثان عن غيره من العقود الملزمة لجانب واحد ومدى انطباق الفسخ عليها • قاصدين من وراء ذلك اعطاء صورة عامة عن الفسخ فى هذا النوع من العقود •

** المبحث الاول **

الهبة بتكليف او بعوض

DONATION AVEC CHARGE

١٢٣ ـ الهبة بحسب الاصل ، عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى ماله دون عوض (المادة ٤٨٦ فقرة اولى) ـ اى دون ان يكون على عاتق الموهوب له تجاه الواهب اى التزام[1] ، ولذلك فان عقد الهبة هو عقد يدخل فى عموم عقود التبرع مثل العارية او الوديعة بغير اجر او الوكالة بغير اجر الى غير ذلك . وفى هذا الصدد تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى " يعرف المشرع الهبة تعريفا يميزها عن غيرها من اعمال التبرع ، فهى تشترك مع سائر التبرعات ، كعارية الاستعمال والوديعة بدون مقابل ، فى انها تجعل الموهوب له يثرى بدون عوض ، وفى انها تقترن بنية التبرع ، لكنها تنفرد بخاصية هى انها من اعمال التصرف[2] فالواهب يلتزم بنقل ملكيته بدون مقابل ، ويترتب على ذلك ان الالتزام بعمل او الامتناع عن عمل كما فى عارية الاستعمال والوديعة لا يكون هبة وان كان تبرعا "[3]

اما الفقرة الثانية من المادة السابقة فتقول " يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين . "

ونعتقد ان هذا الالتزام قد يكون لمصلحة الواهب كما لو اشترط لنفسه عوضا على هيئة ايراد مرتب مدى الحياة يؤديه الموهوب له او قد يكون لمصلحة اجنبى كمستشفى او مسجد او غير ذلك وقد يكون لصالح الموهوب له وبالتالى يفيد الموهوب له بالهبة والتكليف معا .

اما من ناحية التزام الموهوب له باداء العوض او المقابل ، فقد نصت المادة ٤٩٧ من القانون المدنى على انه يلتزم الموهوب له باداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب ام لمصلحة اجنبى ام للمصلحة العامة .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يحمل رقم ٦٨٠ يقول فيه " بانه اذا اشترط الواهب العوض لمصلحته وامتنع الموهوب له عن ادائه دون عذر مقبول ، كان

(١) يعرف القانون المدنى الفرنسى الهبة فى المادة ٨٩٤ بانها " عقد يتجرد به الواهب عن الشىء الموهوب فعلا وبلا رجوع لمصلحة الموهوب له الذى يقبله . "

(٢) نفس المعنى فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٥ ابريل ١٩٣٨ ، دالوز الاسبوعى

للواهب او لورثته من بعده ان يسترد الشيء الموهوب وفقا للقواعد الاثراء بلا سبب ، وبالقدر الذى كان ينبغى ان يستخدم الشيء لاداء العوض ويكون الرد بدفع هذا المقابل نقدا حتى لو لم ترد الهبة على نقود ، على انه يجوز للموهوب له ان يتخلص بدفع هذه القيمة اذا هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى كان عليها وقت الرد ، ولا يكون هناك محل للرد اذا تمحض العوض لمصلحة اجنبى ، او لمصلحة عامة ٠

غير ان هذا النص حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ومجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧٥ فى الهامش ٢ ٠

ونعتقد ان عبارة الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة تعنى ٠ ان قواعد الرجوع فى الهبة بتكليف هي نفس القواعد المتعلقة بفسخ العقود ، سواء من حيث الشروط ، او من حيث الاثار ٠ فعقد الهبة بحسب الاصل عقد تبرع ٠ لكن عندما تكون بتكليف ، تصبح عقد معارضة " اى ملزمة للجانبين " وان كان يجوز للواهب ان يقوم بذلك بارادته المنفردة دون ان يحتاج الى اتفاق " بناء على شرط فاسخ صريح " ٠

واذا كان المشرع المصرى لم يورد نصا خاصا بالفسخ فى هذا العقد نجد المشرع الفرنسى قد اورد مثل هذا النص فى المادة ٩٥٤ ٠ حيث يقول " بانه فى حالة الرجوع revocation بسبب عدم تنفيذ الشروط المتفق عليها ، تعود الاشياء الموهوبة الى الواهب خالية من جميع الحقوق والرهان التى من طرف الموهوب له ويرجع الواهب على واضع اليد على الاشياء الموهوبة بجميع الحقوق التى يصح له الرجوع بها على الموهوب فى الهبة (١) .

وبالمقارنة ما بين المواد ١٥٧ ، ١٥٨ ـ ١١٨٤ ، ٩٥٤ ، نجد ان ثمة تشابها بينهما ، اى بين القواعد الخاصة بفسخ الهبة والقواعد العامة فى فسخ العقود ، ففى الحالتين هناك عدم تنفيذ لالتزامات من جانب احد الاطراف يكون من شأنه ان يؤدى الى ازالة العقد ٠

"Dans le cas de la revocation pour couse d'inexécution(1) des condition, les biens rentront dans les mains du donateur, libres ed toutes charges et hypothéques du chef du donatair ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés , tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui même.

وبالتالي يمكن القول بان المادة ٩٥٤ فرنسي ماهي الا تطبيق من تطبيقات القواعد العامة في الفسخ .(١)

(١) في هذا السياق اورد المشرع الفرنسي المادة ٩٥٦ التي على اساسها لا يصح ان تفسخ الهبة نتيجة عدم التنفيذ الشروط او التكاليف، او بسبب الجحود أو نكران الجميل ،الا بطريق القضاء ، دون ان يقع ذلك بقوة القانون ، غير اننا نعتقد ان مثل هذا الامر لا يستقيم مع القواعد العامة ، لانه طالما اعتبرنا الهبة بتكليف أو بعوض عقدا ملزما للجانبين فان لكلا الطرفين ان يشترطا في العقد ، انه في حالة تخلف احدهما عن التنفيذ تنفسخ الهبة بقوة القانون او بحكم الاتفاق " انظر في هذا المعنى نقض مدني فرنسي ١٤ ابريل سنة ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٦ الاسبوعي ص ٦٧٠) ، ونضيف الى ما تقدم انه من العجيب ان نجد القانون المدني الفرنسي يرى بوجوب تطبيق المادة ٩٥٤ الخاصة بفسخ الهبات على الوصايا Les legs وهذا في المادة ١٠٤٦ .

Les même causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires."

وان كان هذا العجب من الممكن ان يزول ، لان القانون المدني الفرنسي يجعل الهبة والوصية قريبتان من بعضهما البعض لانهما في نظره متصلتان اتصالا وثيقا بالميراث وفي اعتقادنا وبالرغم مما تقدم ان الرجوع في جميع التبرعات
نتيجة لعدم التنفيذ لا يعتبر في القانون المدني الفرنسي ، تطبيقا من تطبيقات القاعدة العامة في المادة ١١٨٤ ، لانّ هذه التبرعات ليست كلها عقود ، وبدون شك لا يمكن اعتبار الوصية عقد ، ومن ثم فان الرجوع فيها نتيجة عدم تنفيذ التكاليف لا يمكن اعتباره حالة من حالات فسخ العقود ، صحيح ان الوصية لا تتضمن تبادلا في الرضا en échange de consentement الا انه لابد من توافق في الارادة ما بين الموصي والموصى اليه ، فهذا الاخير لابد وان يقبل الوصية حتى تسري في مواجهته ، من هذه الناحية فقط ،يوجد التشابه بينهما ،الا ان المشكل ينحصر في عدم توافق او تزامن simultanéité كلتاهما مع الاخرى في وقت واحد . ومما تقدم نصل الى القول بانه على الرغم مما ذهب اليه القانون المدني الفرنسي في المادة ١٠٤٦ ، وبالرغم من بعض التشابه بين الهبة والوصية فاننا نعتقد بان القاعدة العامة في الفسخ (١١٨٤) والقاعدة الخاصة في المادة ٩٥٤ ،لا يمكن ان ينطبقا على الوصية ،لسبب اساسي وهو ان الوصية ليست بعقد ،وبالتالي نجد ان اثرها لا يكون الا عند موت الموصي بحيث يجوز للموصي ان يرجع فيها مادام حيا اما توافق الارادة التي سبق ان ذكرناه ، فانه لا يعني رضا الموصى له بالوصية بعد موت الموصي قبولا لايجاب من الموصي بل هو تثبيت لحق الموصى له في الشيء الموصى به ، حتى لا يكسب حقا بدون رضاه والدليل على ذلك ان الموصى له يكسب الوصية لا من وقت قبوله لها بل من الوقت الذي يموت فيه الموصي ، واذا كانت المادة ٩٥٤ كما سبق ان اسلفنا تعتبر تطبيقاً من تطبيقات القاعدة العامة في الفسخ

١٢٤ - وبعد ان تبين لنا ان عقد الهبة بتكليف يعتبر عقدا ملزما للجانبين(١) لكونه ينشئ التزامين على عاتق كل من الواهب والموهوب له ، بحيث يلتزم الواهب تجاه الموهوب له بتسليم الشئ محل الهبة ، ويلتزم الموهوب له تجاه الواهب بالقيام بالتكليف او بتقديم العوض ، ويكون للدائن بالالتزام غير المنفذ الحق في الخيار ما بين التنفيذ والفسخ (٢) بعد ان تبين لنا كل ذلك ، نجد ان بعض الفقه لا يقبل الاخذ الا بعد البحث عن معنى التكليف الذى يضعه الواهب على عاتق الموهوب له كالتزام ، والشخص الذى يستفيد من هذه التكاليف(٣).

فى حين يرفض البعض الاخر اعتبار التكليف التزاما مقابلا لالتزام الواهب وبالتالى لا يرى فى عقد الهبة بتكليف عقدا ملزما للجانبين (٤) .

وقبل استعراض تلك المواقف ، لابد من القول بان نية التبرع intention libérale باعتبارها الركن الاساسى فى عقد الهبة لا تمنع على الاطلاق امكان فرض تكليف على الموهوب له (المادة ٤٨٦ الفقرة الثانية) وانه من الممكن ان نرى فى العقد اداءات او التزامات مفروضة على عاتق الطرفين دون ان يؤثر ذلك باى حال من الاحوال على وصف العقد بحسب اصله او يؤدى الى اعتباره عقد معارضة ، ولذلك فنحن نعتقد بانه لا يمنع ان نعتبر العقد عقدا ملزما لجانب واحد وعقد ملزما للجانبين فى نفس الوقت .

غير ان الاستاذ جوسران (٥) لم يوافق على ذلك ورفض اعتبار عقد الهبة بتكليف عقدا ملزما للجانبين ، لان هذا العقد لا يحتوى فى نظره على التبادل او الترابط

= ثم تحويلها من عقد ملزم لجانب واحد الى عقد ملزم للجانبين أم قبل ذلك ، الا اننا نرى ان طبيعتها فقط لا تكفى للقول بفسخها ، ولكن كما اسلفنا تحولها الى عقد ملزم للجانبين ، ومن ثم خضوعها للقواعد العامة فى الفسخ (انظر لبلتيه الرسالة السابقة ص ١٤٠ وما بعدها) .

"L'article 954 est l'application du principip generale consacre par l'article 1184 du code civil-Incyclopédie Dalloz- Donation -N'628 P.355".

(١) "La donation avec charges participatnt de la nateur des contrats synallagmatiques et, au moins partiellement des contrats à titre onéreux (D.P. 1872.2.177 notes I et 3; Capitain, De la cause des obligation N'208 à 211.

(٢) لم يكن حق الواهب فى الخيار ما بين التنفيذ والفسخ معترفا به عند الفقه القديم ، اذ لم يكن له عند تخلف الموهوب له عن القيام بتنفيذ التكليف الا حق الرجوع فقط اما اليوم فقد اعترف للواهب بهذا الحق فى الخيار ، انظر فى ذلك بلانيول وريبر وتراسبو جـ ٥ فقرة ٤٧٧ كولان وكابيتان ودى لامور انديير الطبعة التاسعة جـ ٢ فقرة ٩٧٨ ، انسكلوبيدى داللوز الطبعة الثانية من اول يناير سنة ١٩٧٧ لفظ donation فقرة ٤٥٧ ، لبلتيه الرسالة السابقة فقرة ٦٢ ص ١٤٠ نقض Riom ٢٥ يولية سنة ١٨٦٥ ، ٢ ، ١٩١ Prec-Rep 2Avril

الذي يشترط وجوده في العقد الملزم للجانبين (١) وان التكليف في نظره ليس الا وصفا في العقد مستندا في ذلك الى ان الموهوب له لا يستطيع ان يطالب بفسخ العقد نتيجة عدم قيام الواهب بالتنفيذ . (٢)

ولم يتردد في نفس الوقت في تفسير المادة ٩٥٤ على النحو الاتي

"Non par interdépendance des obligations issues d'une même opération , mais par le Mobile déterminant, le Mobile -but qui a inspire d'auteur de cette opération et qui, lui a dicté son geste génereux.".

ورغم ذلك فاننا نعتقد ان ما ذهب اليه الاستاذ جوسران في تحديده للتكليف وفي تفسيره للمادة ٩٥٤ من القانون المدني الفرنسي ليس بقاطع ، لان العلاقة التبادلية بين التزام الواهب والموهوب له موجودة ، وان الترابط بينهما ايضا موجودا .

اما الاستاذ هامل Hamel (٣) فيرى بانه من الواجب وضع معيار دقيق للتميز بين التكليف باعتباره وصفا في العقد ، وبين التكليف نفسه باعتباره الالتزام المقابل ويقول بانه من الواضح ان الهبة بتكليف تتضمن ترابطا بين التزامات كل من الموهوب له والواهب وذلك على التفصيل التالي ، من ناحية الموهوب له ، نجد انه لم يكن يقبل ان ينفذ التكليف الا لانه يريد الاحتفاظ بالشيء الموهوب ، اي انه لم يقبل ان يصير مدينا بالتكليف الا لانه يرغب ان يكون دائنا بالشيء الموهوب وبالتالي فان الشيء الموهوب وقت انعقاد العقد مقابلا للتكليف .

اما من ناحية الواهب ، فيجب ان نفرق بين ما اذا كان قد وضع لصالح الموهوب له او

---

(١) وهذه هي عبارته "1) n'est pas éxact de voir dans la charge

(٢) la conte partie de la liberalite, alors qu'elle constitue une simple modalite de l'operation ce serait confondre la grette avec l'arbre sur le quel elle est pratiquée du donateur et celles du donataire ne se servent pas reciproquement. de cause, elles ne sont pas à égalite.".

(٣) ويزيد جوسران فيقول

2) La theorie de la résolution pour inéxzcution des obligations est à base de réciprocité; la où cette reciprosité est inconcevable, la théorie devent elle même sous emploi.

(٣) انظر هامل في رسالته السالفة الذكر ص ٢٠٣ وما بعدها.

لمصلحة شخص اخر ، فاذا كان مشروطا لمصلحة الموهوب له كما اذا اشترط عليه (شرط عدم التصرف في العين الموهوبة حماية له من طيشه ، فلا ترابط بين التبرع والتكليف (١) اذ لا يعتبر التكليف هنا مقابلا للتبرع ولا سببا فيه ، وليس الا مجرد وصف العقد وبالتالي لا يعتبر عقد الهبة في هذه الحالة عقدا ملزما للجانبين .

اما اذا كان التكليف مشروطا لمصلحة شخص اخر غير الموهوب له ، سواء كان ذلك لمصلحة الواهب نفسه او لمصلحة الغير ، فثمة ترابط واضح بين التبرع والتكليف اذ يمكن القول ان التبرع قد حصل من اجل التكليف ومن ثم يعتبر عقد الهبة في هذه الحالة عقدا ملزما للجانبين (٢)

١٢٥ — ونصل بعد ذلك الى القول بان الواهب اذا فرض تكليفا ما على الموهوب له فلا بد ان يكون هذا التكليف وثيق الصلة بنية التبرع ، مثال ذلك تخصيص جزء من المال المقدم لانشاء مستشفى لصالح مجموعة من الناس فان الفائدة التي خصصت هنا لم تكن لصالح الموهوب له ، ولكن لصالح المستفيدين من تلك الفائدة ، وكل ذلك طبقا للرغبة الحقيقية التي كان يقصدها الواهب عندما ابرم عقد الهبة ، اما في الحالة التي تجتمع فيها الفائدة المقصودة من التكليف بين كل من الموهوب له ، والغير ، او بين الموهوب

---

(١) وهذا ما ذهبت اليه بعض احكام محكمة النقض الفرنسية فقضت بعدم جواز الرجوع في الهبة في حالة مخالفة الشرط الخاص الذي وضع لمصلحة الموهوب له المستفيد بالقيام باجراء جرد او احصاء لمصلحة ، انظر نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٤٧ داللوز ١٨٤٧—١—٤٢٨ ، وانظر كذلك محكمة بزانسون في حالة الالتزام بالكفالة او بالضمان ١٢ فبراير سنة ١٨٧٣ داللوز ١٨٧٣—٢—١٢٢ ، وانظر بالنسبة للالتزام بعدم استعمال العقار المقدم كهبة قبل موت الواهب نقض ١٦ يولية سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٥—١—٤١٩ ، وكذلك قضى بعدم الحكم بالرجوع في الهبة المقدمة الى مؤسسة خيرية لانه اشترط عليها ان تتفق مع مدرسة مجانية ، وحدد بنفسه طريقة تعيين المدرسين في هذه المدرسة ولم يقم تلك المؤسسة بتنفيذ الشرط الاخير (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٥ سيرى ١٨٩٧—١—٢١١) .

(٢) وفي هذا الصدد يقول لبلتيه Lepeltier لكن في اغلب الاحيان قد يرضى الواهب بتقديم التبرع لانه يرغب بتنفيذ التكليف الذي وضع على عاتق المنعم عليه ، ولذلك فان الامر هنا يتعلق بحالة ترابط وتبادل بين التكليف والتبرع من اجل الوصول الى الغاية المقصودة ، ويمكن القول مع الاستاذ — بان الهبة قد قامت من اجل التكليف انظر رسالته السابقة ص ١٤٥ في الفسخ القضائي .

له والواهب او بين الغير والواهب .

فكيف يمكن تصور الحل في هذه الحالة ... بحسب رأى الاستاذ جوسران فان الموقف يكون واضحا ، لان التكليف بالنسبة اليه كما اسلفنا لا يمثل في نظر الواهب المقابل لالتزامه بتقديم الشئ الموهوب الذى اتفق عليه بمقتضى العقد ، اذ يرى بأن التكليف على اى حال كان ، ولاى فائدة كان لا يعتبر سوى وصف في العقد .

اما بحسب رأى الاستاذ هامل فكما ذكرنا سابقا فانه قد فرق بين ما اذا كان التكليف لصالح الواهب او لصالح الموهوب له او لصالح الغير ، فاذا كان لصالح الواهب او الغير فانه التزام مقابل ، اما اذا كان لصالح الموهوب له فهو وصف في العقد . ولكنه لم يشر الى الافتراض الذى ذكرناه ، والخاص باجتماع الفائدة بين كل من الواهب والموهوب له والغير ، واضافة الى ذلك لم يوضح لنا لماذا عندما يكون التكليف لصالح الموهوب له وصفا في العقد ، سوى انه قال ان التكليف في هذه الحالة لا يعتبر مقابلا للتبرع ولا سببا فيه .

ونتساءل ، الا يمكن ان نعتبر انه حتى لو وضع التكليف لصالح الموهوب له ان يكون هو فعلا الغاية الحقيقية والرئيسية من مقصد الواهب في تقديم الهبة - صحيح ان الهبة بتكليف مخصصة لصالح الموهوب له ، لايفيد منها الا هو فائدة محضا حيث يظهر منها لاول وهلة انها بدون تكليف بالمعنى العام سواء نفذ الموهوب له التكليف أم لا ؟ فهي لفائدته وقد تحصل عليها من طريق تسلم الشئ الموهوب ، ولكن يبدوا لنا ان الامر قد يدق عندنا يتضح ان الواهب عندما قدم الهبة الى الموهوب له كان دافعه الى ذلك هو تنفيذ الشروط التي وضعها ، فعلى سبيل المثال عندما يهب شخصا ما مبلغا من المال لاخر ويشترط عليه ان ينفقه في القيام برحلة علمية او ان ينفقه من اجل التعليم او الدراسة ، وثبت ان غاية الواهب الحقيقة من تقديم المال هو فعلا القيام بذلك التكليف ففي هذه الحالة لا يمكن ان تعتبر ان هذا الشرط هو وصف في العقد ، بل هو في نظرنا يمثل المقابل لرغبة الواهب في الالتزام بتقديم الهبة لانه وثيق الصلة بنية التبرع ، بحيث يعتبر الوسيلة الاساسية لتحقيق هذه النية ، اى لتحقيق الغرض الذى من اجله جاز تخصيص المال الموهوب .

١٢٦ - وهكذا يتبين لنا بانه لا يهم ان يكون التكليف او الشرط مرصودا لصالح

الموهوب له او الواهب، او الغير ، او لصالح اثنين منهما او لصالح الثلاثة معا بل الاهم هو الوصول الى الغاية الحقيقية او السبب الدافع من وراء التكليف او الشرط، فاذا وصلنا الى ذلك فستتبين اذا ما كان التكليف سيعتبر التزاما مقابلا ام لا ، فاذا كان قيام الهبة في نية الواهب يعتمد اعتمادا اساسيا على تنفيذ التكليف او تقديم العوض امكننا القول بان التكليف او العوض يعتبر التزاما مقابلا لالتزام الواهب وبالتالي يتحول العقد الى عقد ملزم للجانبين ، بعد ما كان ملزما لجانب واحد ، اما اذا كان العكس فيبقى الامر على ما كان عليه سابقا ، وما تقدم لابد وان يثار بصفة اساسية حول ما اذا كان التكليف مرصودا لصالح الموهوب له فقط دون غيره فان كان مرصودا لغيره اى لصالح الواهب او لصالح الغير امكن القول بأن الهبة كانت من اجل القيام بالتكليف وبالتالي يصبح التكليف مقابلا لالتزام الواهب ويعتبر العقد عقدا ملزما للجانبين يخضع للقواعد العامة في الفسخ (١) .

ولذلك فان الفقه الفرنسي في مجموعة لم يمانع في اعمال التقارب بين المادة ١١٨٤ ، والمادة ٩٥٤ وان كانت المادة الاولى عامة والثانية خاصة ، فهي مثل باقي المواد التي وردت بصفة خاصة حول بعض العقود مثل المادة ١٦١٠ فرنسي ١٦٥٤ - فرنسي (٢) .

ولعل موقف التقنين المدني المصرى كان اكثر دقة من القانون المدني الفرنسي في عدم النص بصفة خاصة على فسخ عقد الهبة بتكليف، ذلك لانه رأى في القواعد العامة (المواد ١٥٧، ١٥٨) ما يكفي للوصول الى حل بصددها (٣) .

١٢٧ - واذا كان التكليف يمثل المقابل في عقد الهبة اذا كانت بتكليف فانه يكون في نفس الوقت الباعث الدافع الذى على اساسه قرر الواهب تقديم الهبة .

وليس يعني ذلك اننا نقيم اساس الفسخ في هذا النوع من العقود على نظرية السبب سواء كانت تلك النظرية بمعناها التقليدي او بمعناها الحديث but teleoldgique (٤) فقد ذهبنا في السابق الى عدم الاخذ بنظرية السبب كأساس

---

(١) انظر في نفس المعنى مقال الاستاذ عبد الحي حجازى العدد الاول السنة الاولى سنة ١٩٥٩ فقرة ١٩ .

(٢) لوران جـ ١٢ فقرة ٤٨٧ ، ديمولومب جـ ٢٠ فقرة ٥٧٢ ، اوبرى ورو جـ ٧ فقرة ٧٠٧ مكرر ، بودرى لاكنرى وكولان جـ ١٠ فقرة ١٥٤٥ ، بلانيول وريبير وتراسبو جـ ٥ فقرة ٤٨٥ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٧٥ في الهامش .

للفسخ ، في العقود الملزمة للجانبين او في عقد الهبة بمقابل او بتكليف • وقلنا بأن اساس الفسخ هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المقابلة في العقد الملزم للجانبين ، وما عقد الهبة بتكليف الا عقد ملزم للجانبين •

ولذلك فاننا نرى ان ثمة نوعا من التقارب بيننا وبين الاستاذ جوسران حول مفهوم الباعث الدافع ، فالاستاذ جوسران لا يقيم الفسخ الذى تضمنته المادة ٩٥٤ على اساس فكرة التقابل الذى يعتبرها هي الاساس للفسخ بصفة عامة وانما يقيمها على اساس فكرة الباعث الدافع فهو يعترف بان للواهب الحق في الرجوع في الهبة نتيجة عدم تنفيذ التكليف اذا كان الباعث الدافع لتقديم الهبة هو القيام بذلك التكليف ، اما نحن فقد ذهبنا الى القول بان التكليف يمثل الالتزام المقابل ويرتبط بالباعث الدافع للواهب وبصفة خاصة اذا كان التكليف قد خصص لصالح الموهوب له •

ولكن اذا كان الواهب يملك الحق في الرجوع في الهبة ، نتيجة عدم قيام الموهوب له بتنفيذ التكليف ، فهل يملك الموهوب له ايضا الحق في المطالبة بفسخ عقد الهبة اذا ما تخلف الواهب عن القيام بتنفيذ التزامه بتقديم الشيء الموهوب الى الموهوب له •

الاستاذ جوسران لا يرى ولاجله يرفض الاخذ بفكرة العقد الملزم للجانبين في عقد الهبة بتكليف ويبني ذلك على عدم وجود التقابل بين التزام الواهب والتزام الموهوب له •

اما نحن فنعتقد انه بامكان الموهوب له ان يطالب بفسخ عقد الهبة بتكليف في حالة عدم تنفيذ الواهب لالتزامه ، لان التقابل في نظرنا موجود بين التزام الواهب والتزام الموهوب له سواء من الناحية المادية او من الناحية المعنوية ، وان كان تحققه من الناحية المادية اثناء ابرام العقد ، لايبدو واضحا فعندما يبرم عقد الهبة بين الطرفين فانه من اللازم ان يقوم الواهب بتنفيذ التزامه حتى يتسنى بعد ذلك للموهوب

ــ فهي تختلط اختلاطا تاما بالرضا ، ذلك لان الواهب عندما رضى بتقديم الهبة كان رضاء ، متضمنا نية التبرع وقد انتقدت هذه النظرية لانها تخلط ما بين نية التبرع وبين السبب في الهبات ، ذلك لان نية المتبرع موجودة حتما في كل هبة ووصف هذه النية بانها السبب لا يقدم شيئا حتى ان الاستاذ كابيتان نفسه وهو من اكبر المدافعين عن نظرية السبب التقليدية لم يقف عند نية التبرع بل جاوزها الى الباعث الدافع فجعله هو السبب في الهبة اذا اقترنت بشرط يكون هو الذى دفع المتبرع الى تبرعه ، انظر في هذا المعنى السنهوري جـ٥ عقد الهبة فقرة ٩٢ ص ٢٣٢ ، ١٣٣ محمود جمال الدين زكي في العقود المسماة سنة ١٩٥٣ فقرة ٦٦ ، اكثم الخولي في العقود المدنية سنة ١٩٥٢ فقرة ٧٣ ، السنهوري ايضا جـ١ فقرة ٢٧٤ ص ٤٥٠

له ان يقوم بما عليه من تنفيذه . فاذا لم يقم الواهب بما عليه من التزام هل ينتظر الموهوب له فترة من الوقت قد تطول او تقصر قيام الواهب بالتنفيذ ، ام له ان يحسم الامر ويطلب التخلص من العقد ؟ .. وخاصة اذا ما اصبحت الهبة بالنسبة اليه شغله الشاغل سواء من الناحية المادية او الفكرية فقد يكون قد الغى مواعيدا او اشغالا هي مفيدة بالنسبة اليه او ان يكون بسبب انفاق بعض الاموال استعداد للتنفيذ . واضافة الى ذلك قد يتفق الواهب والموهوب له ان يتحمل الموهوب له نفقات الهبة او اتعاب المحامي ورسوم الدمغة والتسجيل ومصروفات تسلم العين الموهوبة ونقلها وغير ذلك من النفقات ، اليس له الحق اذا ما قام بتلك النفقات ان يطالب بفسخ عقد الهبة لو اخل الواهب بالتزامه ..

وقد يقال ان عقد الهبة لا يتضمن تعادلا بين التزامات كل من الواهب والموهوب له لان الواهب وحده يملك الحق في الخيار ما بين التنفيذ والفسخ بحيث ينشأ له ذلك عندما يقوم بتنفيذ التزامه وبعد ابرام العقد اما الموهوب له فلا يملك هذا الحق ، الا اننا نرى ان الموهوب له يملك هذا الحق ايضا اما المطالبة بتنفيذ عقد الهبة او فسخها اذا كان التكليف الذي فرض عليه لا يستطيع تحمله او يسبب له ارهاقا هو في غنى عنه ، فيستطيع ان يتخلص من هذا العقد اذا ما اتضح له عدم رغبة الواهب في القيام بتنفيذ التزامه .

وطالما اعتبرنا ان عقد الهبة بتكليف قد اصبح عقد ملزما للجانبين فان معنى ذلك اعطاء حق الخيار في المطالبة بالتنفيذ او بالفسخ لكل من الواهب والموهوب له .

١٢٨ ـ واذا كان لنا بعض الملاحظات النهائية على عقد الهبة ومدى تطبيق القواعد العامة عليها في الفسخ ، يمكننا القول بان الفسخ يرد على كل انواع الهبات مهما قل قيمة العوض او التكليف ولا يخرج عن ذلك الهبات القليلة القيمة او الزهيد les plus medíques فهي مثل الهبات المرتفعة القيمة les plus elevées [1] .

وتجدر الاشارة هنا الى ان الامر لا يتفق من حيث الحكم ما بين النفحة

(1) "Il en est ansi que la renteait ètè stipulée au profit du donateur lui-mam soit qu'elle l'ait ètè gratuitement au prefit d'une tiers (caen 21 avr 1841 'jur- gen.

" Il n'y a pas a disitinguer suivant la nateur de la charge: dés que celle-ci,quelle qu'elle soit n'est pas exécutè la revocation est encourue (Planiol ...

(البقشيش) او هبات الاستعمال وبين الهبات بمعناها الحقيقي حتى تنطبق عليها القواعد الخاصة في الهبة لانها لا تتضمن اية قيمة عملية ، الى جانب ان التكاليف لا يمكن ان ترد عليها .

واضافة الى ما تقدم نجد ان الهبة المستترة deguisées او الغير المباشرة indirectes والهبات اليدوية don manuel التى يلجأ فيها المتعاقدان الى القبض في ابرام هبة المنقول تخضع للقواعد العامة في حالة الرجوع فيها .

ونفس المعنى اذا ما كان المقابل في عقد الهبة ايراد مرتبا مدى الحياة فان مقتضى القواعد العامة تقول بوجوب الفسخ عليها في حالة اخلال احد الاطراف بتنفيذ التزامه وكذلك اذا ما كان المقابل دخلا دائما تكون ايضا خاضعة للقواعد العامة في الفسخ . (1)

---

(1) في هذا الموضوع احتار الفقه الفرنسي ، هل يأخذ بتطبيق المادة ١٩١٢/٢ الخاصة بالدخل الدائم او المادة ١٩٧٨ المتعلقة بالايراد المرتب مدى الحياة غير ان غالبية هذا الفقه قد اخذ بالتطبيق الواسع للمادة ٩٥٤ على كل انواع الهبات ايا كان التكليف او المقابل انظر في ذلك ديمولومب جـ ٢٠ فقرة ٥٨٢ ، لوران جـ ٢٧ فقرة ٣١ ، بلانيول وريبير وتراسيو جـ ٥ فقرة ٤٨٧ ، (ومن احكام القضاء نقض ٦ ديسمبر سنة ١٨٨١ ، داللوز ٨٣-١-٣٠٣ ، سيرى ٨٤-١-١٩ ، نقض ١٢ مارس ١٨٨٨ ، سيرى ٩٠-١-١٦٩ .

وانظر نقض ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢-١-٢٤١ ، وتعليق محكمة نانسى في ٢٢ فبراير سنة ١٨٦٧ داللوز ١٨٦٧-١-١٠٢ ، سيرى ٦٨-٢-٥٠ .

** المبحث الثانـــــــي **

مدى تطبيق نظرية الفسخ على العقود الاخرى الملزمة لجانب واحـــد

١٢٩ ـ بعد ما انتهينا من الكلام عن عقد الهبة في الحالة التي ينشيء فيها هذا العقد تكليفا او التزاما على عاتق الموهوبله ، ووصلنا الى القول بان هذا العقد بعـــد ان كان ملزما لجانب واحد ، اضحى بمقتضى هذا التكليف عقدا ملزما للجانبين ويجــرى عليه الفسخ كما يجرى على غيره من العقود الملزمة للجانبين .

سنحاول التطرق الى العقود الملزمة لجانب واحد ، اى العقود الاخرى الباقية بصفة عامة ـ للوصول الى موقع الفسخ فيها .

غير ان الامر قد يهون اذا ما دار البحث عن موقف القانون المدني المصــرى بحسب المجموعة المدنية الجديدة ، من بعض هذه العقود ، لان الامر فيها قد حسـم حسما جيدا وهذه العقود كانت تتسم في الماضي عقودا عينية ، وقد اضحت اليوم عقــودا رضائية منها ما هو ملزم للجانبين ومنها ما هو ملزم لجانب واحد ، فعقد الوديعة عقـــد رضائي ملزم لجانب واحد متى كانت بدون اجر واذا كانت بأجر بمقتضى العقد اصبحـــت عقدا ملزما للجانبين ، اما عقد القرض والعارية ورهن الحيازة فقد اصبحت عقودا ملزمـة للجانبين ، تنشيء في جانب احد طرفيها التزاما بترك الشيء من يد الطرف الاخــر ، وتنشيء في نفس الوقت على الطرف الاخر التزاما بالمحافظة على العين وردها في حالـــة العارية والرهن الحيازى ورد مثلها في عقد القرض وسنكمل الحديث عن هذا الموضوع فيما بعد بصفة موجزة وواضحة ـ بعد ان نستعرض موقف القانون المدني الفرنسي ، والخلافات الفقهية التي نشأت في ظله ، حول هذه العقود .

١٣٠ ـ فقد انحصر الخلاف في الفقه الفرنسي حول المواد الاتية ١٩١٢ ، ١٩٧٧ ، المادة ٢٠٨٢ ، هل الامر فيها فسخ ام لا ؟

فالمادة ١٩١٢ تقول " ان المدين بالدخل الدائم يجبر على رد ما تسلمه من رأس المال المخصص لذلك الدخل في حالتين ، الاولى اذا قصر في مدة سنتين عن تأديـــة ما التزم به والثانية اذا امتنع هذا المدين عن الوفاء بالضمانات المشروطة في العقـــد

أما المادة ١٩٧٧ فتقول يجوز لمن رتب له الايراد فى مقابل او عوض معلوم ان يطلب فسخ ذلك العقد ، اذا لم يوف الملتزم بما التزم به من الضمانات المشروطة بينهما فى العقد .

وتنص المادة ٢٠٨٢ فى فقرتها الاولى على انه " لايجوز للمدين ان يطلب استرداد الرهن المعطى لضمان الدين الا بعد تمام اداء ووفاء ماعليه من الفوائد والمصاريف ما لم يستعمله الدائن المرتهن فيما لايجوز له استعماله " اى حق المدين الراهن فى استرداد الرهن فى حالة ما اذا استعمله المرتهن

وقد تمخض عن هذا الخلاف انقسام الفقه الفرنسى الى قسمين ، منهم الرافض لاعتبار المواد السابقة تطبيقا للقاعدة العامة المنصوصة فى المادة ١١٨٤ فرنسى ، ومنهم القابل لذلك . غير ان الرافضين اختلفوا فى البديل لان تلك المواد فى اعتقادهم قريبة فى معناها وفى حكمها من العقود الملزمة لجانب واحد ويتمثل الجانب الرافض من الفقه فى الاساتذة لوران lourent [٢] - اوبرى ورو Aubry et RAU [٣] ، بودرى لاكنتنرى بارد Baudry-Lacantinerie et Barde [٤] ، جوسران Josserand [٥] ، نيشتش Nechitch [٦] .

يعتمد هذا الجانب فى البداية للتدليل على ما ذهب اليه ، على النص ، فنص المادة ١١٨٤ قد تكلمت صراحة عن العقود الملزمة للجانبين فقط دون غيرها ، وهذا ما دعى بودرى لاكنتنرى وبارد الى القول للقطع فى هذه المسالة Voila qui est décisrf اما الاستاذ لوران فيقول بان امتداد تطبيق المادة ١١٨٤ على العقود الملزمة لجانب واحد يعنى بامتداد حكمها على كل انواع العقود - لان العقود فى نظره اما ان تكون عقودا ملزمة للجانبين او ملزمة لجانب واحد ، وبالتالى يجب ازالة كلمة الملزمة للجانبين من نص المادة السابقة حتى يسرى حكمها على كل العقود دونما تحديد .

---

(١) يزيد ديمتريسكو على تلك المواد المادة ٦١٨ فرنسى الفقرة الاولى :
"L'usufrait peut aussi par l'abus que l'usurfraitier fait de sa jouissance, soit en commettant des degradations sur le fonds soit en le laissant dépérir faut d'entretien
انظر رسالته المرجع السابق ص ١١٧ .

(٢) لوران جـ١٧ فقرة ١٢٣ .

(٣) اوبرى ورو جـ٥ فقرة ٣٠٢ تعليق رقم ٧٩

(٤) بوردرى لاكترى وبارد جـ٢ الالتزامات فقرة ٩٠٥

(٥) جوسران جـ٢ فالالتزامات فقرة ٣٨٦

(٦) نيشته - رسالة دكتوراه فى دعوى الفسخ باريس - ١٩٦٩ ص ٢١ وما بعدها .

ويزيد هذا الجانب قائلا - ان اى تفسير اخر لا يمكن قبوله ، لانه لا يمنح القاضي الحق او السلطة للاخذ به بناء على نص شرعى - فالمشرع هو الذى يقدر وهو الذى قال بوجوب ان يكون الشرط الفاسخ الضمنى فى بعض العقود فقط فهو وحده الذى يستطيع ان يقول بوجوب تطبيق الشرط الفاسخ الضمنى على كل او بعض انواع العقود غير انه حددها فقط بالعقود الملزمة للجانبين .

وطالما انه ذكر فى المادة ١١٨٤ كلمة العقود الملزمة للجانبين فانه يجب ان ينحى جانبا من مجال تطبيق هذا النص ليس فقط العقود الملزمة لجانب واحد ، ولكن ايضا العقود الذى ذهب بعض الفقه التى تسميتها بالعقود التبادلية الناقصة les contrats synallagmatiques imparfaites اى تلك العقود التى تكون بحسب تكوينها عقودا ملزمة لجانب واحد ، الا انه اثناء التنفيذ يظهر طارىء معين يجعل على عاتق الطرف غير الملتزم التزاما ما .

ثم يضيفون بأن مركز الاطراف فى العقد الملزم لجانب واحد ، لا يمكن ان يسمح باعمال الفسخ فيه ، ذلك لان قانون الترابط التعاقدى ، وهو الاصل فى كل نظرية الفسخ يكون بعيدا او اجنبيا عن العقود الملزمة لجانب واحد ، وعلى هذا الاساس يقول لوران " يمكننا القول بان الطرف الاخر (الدائن بالالتزام غير المنفذ . le creincier de l'obligation inexécuter يملك الحق فى المطالبة بالتخلص من التزامه فى حين لا توجد هناك التزامات على الاطلاق .(١)

١٣١- وبالرغم مما تقدم - نجد ان هذا الفريق من الفقه ذى التفسير المقيد يذهب الى الاعتراف بوجود نصوص خاصة مجاورة وقريبة من الحلول التى اوردتها المادة ١١٨٤ .. ونتساءل كيف يكون ذلك .. بالطبع لا يدور الحديث هنا عن نص المادة ٩٥٤ التى سبقت الاشارة اليها والمتعلقة بفسخ عقد الهبة بتكليفه اذ يجمع الفقه على ان هذا العقد عقد ملزم للجانبين ، ولكن يدور الحديث حول تلك النصوص التى ذكرناها وهى المسودا ١٩١٢ ، ١٩٧٧ ، ٢٠٨٢ .

فالاستاذ لوران (١) بقى مصرا على رفضه ، حيث يقول " ان تطبيق المادة ١١٨٤ على مثل هذه العقود يمثل فى نظرنا انحرافا incliner وهذا ما اثبته المشرع

---

(١) لوران جـ٧ فقرة ١٢٣ .

(٢) لوران جـ٢٦ فقرة ٥٢١ .

ولكن بصفة عامة نحن نفضل ان نفسر ما ورد في تلك النصوص بطريقة قانونية اخرى تختلف عما ورد في المادة ١١٨٤ ٠

اما الاستاذ اوبري ورو [١] وكذلك بودري لاكنتنري وبارد [٢] ، فانهم يذهبون الى القول بان حكم هذه المواد هو الاسقاط la déchéance ويقربون المواد السابقة بالمادة ١١٨٨ التي تقضي بحلول اجل الدين الذي على المدين عندما يقع هذا الاخير في حالة اعسار او افلاس او حالة اضعاف الضمانات او التامينات ويقولون بان ما جاءت به المادة ١٩١٢ الفقرة الثانية والمادة ١٩١٣ ، هي نفس ما جاءت به المادة ١١٨٨ ويزيدون بان هناك ارتباطا ما بين الفقرة الاولى والثانية من المادة ١٩١٢ وبناء على ذلك قامت المادة ١٩١٣ باتمام امر التوفيق بين الحالات الثلاث السابقة عن طريق الاسقاط والجدير بالذكر ان المادة ١٩١٣ من القانون المدني الفرنسي تقول بان رأس المال المقدم في حالة الدخل الدائم يصبح ايضا مستحقا في حالة افلاس او اعسار المدين ٠ الجزاء الاسقاط [٣] هو الحكم عندما نكون بصدد استرجاع الشيء المرهون من ايدي الدائن المرتهن ، نتيجة اساءة استعمال الشيء المرهون وهكذا يتضح لنا ان اصحاب التفسير المقيد للمادة ١١٨٤ ، مصرون على استبعاد كل ما يمكن ان يقال عن ما ذهبوا اليه بخصوص المواد السالفة الذكر ، ويعتبرون ان ما ورد في تلك المواد ماهو الا اسقاط وليس فسخا ٠

لكننا نعتقد ان مفهوم الاسقاط الذي ذهب اليه هذا الجانب ، بخصوص المادة ١٩١٢ ليس هو نفسه اسقاط لاجل الذي اقرته المادة ١١٨٨ ، ذلك لان العائد او الايراد la rent يكون ابديا او دائما ، ولا يمكن ان نتصور ان يكون هذا غير محدد ، وفي هذا الصدد يقول بلتيه [٤] ، ولكن مع ذلك يوجد اسقاط ولكن ليس اسقاط

(١) اوبري ورو جـ٥ فقرة ٣٠٢ تعليق رقم ٧٩

(٢) بودري لاكنتنري و بارد جـ٢ فقرة ٩٠٥ ٠

(٣) Baudry lacantinerie et De - loynes, privilèges et hypothéques - Tl, n°96

(٤) لبلتيه الرسالة السابقة في الفسخ القضائي رسالة من كان سنة ١٩٢٤ ص٨ هامش ١٥٩ وفي هذا الصدد يذهب الاستاذ هيك وهو في الجانب الموافق لامتداد حكم المادة ١١٨٤ على الحالات الثلاث السابقة الى القول بان الحالة الواردة في المادة ١٩١٣ تتضمن نفس المعنى الوارد في المادة ١١٨٤ اذ هي حالة من حالات الفسخ (انظر هيك جـ٧ فقرة ٢٦٦) واذا كان ديمتريسكو قد اشار الى المادة ٦١٨ باعتبارها حالة من حالات الفسخ (الا ان الاستاذان بودري لاكنتنري وبادر لا يرون ذلك ، ويرفضان ان يقال بان هناك تماثل بين المادة ١١٨٤ والمادة ٦١٨ لان الامر في نظرهم يدور حول ان الحالات السابقة لا يحتاج فيها الطالب

الاجل اذ ان الامر هنا يتمثل فى حق الاستفاد من الترك او النزول la renonciation الذى قام به الدائن بالايراد le crédirentier فيما يتعلق بحق المطالبة باسترجاع رأس المال .

١٣٢ — اما الجانب الاخر من الفقه فيذهب الى وجوب الاخذ بالتفسير الواسع للمادة ١١٨٤ ، حتى ان البعض منهم ذهب الى القول بتطبيق تلك المادة على كل انواع الالتزامات ايا كان مصدرها ، حتى لو كانت التزامات غير عقديه (١) وقد سبق ان ذكرنا بعضا من الادلة التى استند اليها هذا الجانب ، ومنها الدليل التاريخى اذا كانت المحاكم فى نهاية عهد القانون القديم تذهب الى الحكم بالفسخ فى العقود الملزمة لجانب واحد اذا ما ترتب عليها التزام مقابل بالاضافة الى الاستناد الى فكرة العدالة .

ويزيد لبلتيه على تلك الادلة دليلا اخر وهو دليل عقلى أو منطقى Rationnel يتحدد فى انه "فى الحالة التى يوجد فيها عقد ملزم لجانب واحد يضع على عاتق كل الاطراف التزامات ، فان هذه الحالة من الناحية المنطقية تدخل تحت طائلة المادة ١١٨٤ ، وذلك لان هذا العقد سيتحول الى عقد ملزم للجانبين

= الى القيام باعذار ، ويقول ن فى صفحة ٩٠ من كتاب الالتزامات .
nous ne voyons pas trop d'ou resulté cette intention du législateur
وتجدر الاشارة الى ان كلا من ليفى levey ونيشتش nechitch يتفقان مع بسوردى لاكنتنرى وبارد- فيما يتعلق بعدم التشابه بين المادة ٦١٨ ، والمادة ١١٨٤ ويقولان بانه :

"Il est vrai que lôrsqu'on discute resolution l'on se refere generalement aux obligations ayant leurs sources dans un contrat alors que l'usufruit nait le plus souvent de la loi ou du testament: levey p38 nechitch p 26, 27.

غير ان ليفى من جهة اخرى يقر بان القضاء الفرنسى قد اخذ بالتفسير الواسع للمادة ١١٨٤ على اساس امتداد تطبيقها على العقود الملزمة لجانب واحد (فى ص ٣٨ ، وهامش رقم ٤-١- انظر محكمة باريس ٢٩ يونيه سنه ١٨٩٣ داللوز ٩٤-٢-٤٣٧ ، محكمة بورد و ٧ مارس سنه ١٩٠٥ داللوز ١٣-٥-٤ محكمة اميين ص ٢٨ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣-٢-١٥٣ ، محكمة مونبلييه ٢ يونيه ١٨٨٨ داللوز ٨٩-٢-١٨٨ ،

(١) انظر فى هذا المعنى هيك جـ ٧ فقرة ٢٦٦ وما بعدها ، ديمولومب جـ ٢٥ فقرة ٤٩٢ ، ٤٩٥ ، جيوار فى عقد القرض فقرة ٣٢٥ ، ١٩٤ ، ديتروسكو الرسالة السالفة الذكر من ص ١١٥ الى ص ١٢٣ ، والسيد Duvergier sur toulier فقرة ٥٧٩ .

تكون قابله للفسخ لان الاطراف يتعاملون (بمقتضى هذه العقود) فى مواجهه بعضهم البعض على سبيل التقابل donnant , donnant وان التزامات كل منهما تكون فى نفس الوقت فى حاله ترابط (١)

واضافه الى ما تقدم يقول هذا الجانب المؤيد ، بان واضعى القانون فى بعض الاحيان قد جمعوا بين العقود الملزمه للجانبين والعقود الملزمه لجانب واحد ، وذلك فى حاله وجود مقابل للالتزام الاصلى (على سبيل المثال المواد ١٢٠٢ ، ١١٠٦) ولذلك فانه لا يجب التردد فى الاخذ بتطبيق الماده ١١٨٤ على تلك العقود حتى ولو اشارت تلك الماده ١١٨٤ الى عباره العقود الملزمه للجانبين (٢)

les contrats synallagmatiques

وذلك يعنى من جهه اخرى ان هذا الجانب يرى امتداد تطبيق الماده ١١٨٤ بصفه طبيعيه على تلك النصوص التى اشرنا اليها وهى ٩٥٤ ، ١٩١٢ ، ١٩٧٧ ، ٢٠٨٢ على اعتبار ان المشرع لم يحصر مجال تطبيقها على العقود الملزمه للجانبين ولكن ايضا على العقود الملزمه لجانب واحد عن طريق ترتيب التزام مقابل على الطرف الاخر حيث يطلق على هذه العقود تعبير

le contrat unilateraux à titre onereux.

ونعود الى الجانب الرافض للامتداد والذى يقول بالاسقاط ، لنقول بأن الاسقاط يقع بقوه القانون ، فى حين لا يكون الانقضاء الذى ورد فى المواد ١٩١٢ ، ١٩٧٧ ، ٢٠٨٢ ، الا عن طريق القضاء ، هذا من جهه ، ومن جهه اخرى ، يجوز للدائن بالالتزام غير المنفذ ان يلجأ الى القضاء للمطالبه بالتنفيذ ، تبعا لحقه فى الخيار اذا رأى فى ذلك مصلحه له ، دون المطالبه بالفسخ ، فحق الخيار هذا لا يتعارض مع مفهوم الاسقاط ... فاذا سمحنا للاسقاط بان لا ينشأ بقوه القانون ، مع اعطاء الحق لصاحب المصلحه فى الخيار ، فلا جرم نقول ان الحالات السابقه الوارده فى المواد ١٩١٢ ، ١٩٧٧ ، ٢٠٨٢ ، هى حالات اسقاط ...

ومع ذلك يمكننا القول باننا لا نرى ان هناك تعارضا او خلافا بين ما ذهب

---

(١) ويقول لبلتيه فى احد عباراته "ce sont les deux considerations celleci plus objective , celle la plus psychologique que l'on trouve à l'origine de l'ideé même de résolution

(٢) انظر فى هذا المعنى duvergier جـ٣ فقره ٥٧٩ . الرسالة السابقة ص ١٦٠

اليه الجانب الاخر في الاخذ بالاسقاط ، وبين الفسخ ، واذا وجد هذا التعارض أو هذا الخلاف فان ذلك ليس بذي فائدة ، وخاصة اذا ما تعلق الامر بالاصلاح فقط .

" terminologie " واذا كانت الموافقة على الاخذ بالتفسير المقيد للمادة ١١٨٤ فلا يجب ان تفسر بطريقة اخرى غير الفسخ ، اي بالاسقاط ، اذ ليس من السهولة بمكان ان تحل كلمة محل اخرى من اجل استبعاد اعتراض ما ...

١٢٣ ــ وهكذا وبعد ان تم لنا استعراض الموقف الفرنسي بجانبيه المقيد والواسع يجدر بنا الان ان ننتقل الى التقنين المدني المصري ، لنحاول البحث فيه عن موقفه تجاه بعض العقود سواء من كان منها ملزما لجانب واحد ، او ما تحول بمقتضى هذا القانون من عقود عينية الى عقود رضائية وبالتالي ملزمة للجانبين .

وتجدر الاشارة الى ان المادة ١٥٧ من التقنين المدني تقضي باعمال حكمها في العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد حيث تستبعد هذه الاخيرة من الاخذ بالفسخ فيها .

ففي المثال الخاص بعقد الوكالة ، نجد ان المادة ٧٠٩ تحدد طبيعة هذا العقد بصراحة في قولها بان الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل ، وطالما هي كذلك بحسب الاصل ، عقد ملزم لجانب واحد فانها لا تنشئ عند ابرامها سوى التزام على الوكيل في القيام بما عهد اليه الموكل ، فاذا انفق هذا الوكيل في سبيل القيام بما عهد اليه ، بعض الاموال فان على الموكل بحسب نص المادة ، ٧١٠ ، ان يرد للوكيل ما انفقه مع الفوائد من وقت الاتفاق ، والجدير بالذكر ان هذا الالتزام الاخير الذي على عاتق الموكل لا يغير في نظرنا من طبيعة هذا العقد اذ يظل عقدا ملزما لجانب واحد .

ونفس المعنى نجده في عقد الوديعة ، وقد سبق ان قلنا ان المشرع المصري نبذ فكرة العقد العيني ، واصبحت العقود بحسب الاصل عقودا رضائية فعقد الوديعة هو ايضا عقد ملزم لجانب واحد ، يلتزم بمقتضاه شخص ما في ان يتسلم شيئا من اخر على ان يتولى حفظ هذا الشيء وان يرده عينا (المادة ٧١٨) وتقول في هذا الصدد المادة ٧٢٤ بان الاصل في الوديعة ان تكون بغير اجر فاذا اتفق على اجر وجب على المودع ان يؤديه وقت انتهاء الوديعة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

واذا حدث وان انفق المودع لديه بعض الاموال لحفظ الشيء ، فان المودع يلتزم بان يرد الى المودع لديه ما انفقه في حفظ الشيء الى جانب تعويضه عن كل ما لحقه من خساره بسبب الوديعه ، ونذهب كما ذهبنا في عقد الوكاله الى القول بأن التزامات المودع لا تغير في نظرنا من طبيعه العقد ، اذ يظل ملزما لجانب واحد .

اما اذا اتفق على ان تكون الوكاله باجر ، او الوديعه باجر ، فان كلا من الموكل والوكيل ، والمودع لديه يكون كل منهما تجاه الاخر ، فهي اذا علاقه تبادليه ولكن هل يوجد هناك ترابط او ارتباط في تلك العلاقه ... ان تحليل اراده الاطراف سيقودنا الى الاجابه على ذلك بالايجاب . فالوكيل لم يكن لقبيل العمل بالوكاله ، والمودع لديه لم يكن ليرضى في الاحتفاظ بالشيء المودع الا على شرط اخذ المقابل او الاجر ونفس المعنى ايضا نجده في جانب الموكل والمودع ، اذا لم يكن كل منهما ليلتزم الا على اساس ان الوكيل والمودع لديه سيقوم كل منهما بتنفيذ التزامه بحسب ما اتفق عليه (١) .

وباختصار ، فان كل طرف من اطراف العلاقه التعاقديه لم يكن ليرضى بان يلتزم الا من اجل الحصول على الالتزام الذي على الطرف الاخر ، واذا صح هذا القول الا يمكن اعتبار ما تقدم موافقا للجانب من الفقه الذي ذهب الى التفسير الواسع للماده ١١٨٤ فرنسي ، والتي تقابلها في التقنين المدني المصري ١٥٧ ، اذا اردنا الاجابه على ذلك بالايجاب والتأكيد فاننا سنصطدم بنص الماده ١٥٧ التي تتحدث فقط عن العقود الملزمه للجانبين ، صحيح ان الاطراف احرار في ان يشترطوا في العقد ما يشاؤون من شروط في اطار النظام العام والاداب L'ordre public ou aux bonnes maours الا ان ذلك لا يغير من طبيعتها بحسب الاصل ، ولذلك فنحن نعتقد ان هذه العقود ، لو تم فيها الاتفاق وقت ابرام العقد على ترتيب التزام ما على الطرف غير الملتزم بحسب الاصل فان طبيعه هذا العقد ستتحول وتتبدل من عقد ملزم لجانب واحد الى عقد لمزم للجانبين ، لان المتعاقدين سيلتزمان بصفه تبادليه كلا منهم تجاه الاخر Les contratants s'obligent reciproquement les uns envers les autre ومن ثم تخضع للقاعده العامه الوارده في الماده ١٥٧ .

١٣٤ — ومع ذلك فان الامر يختلف كل الاختلاف عندما لا تنشأ تلك الالتزامات على

---

(١) ويؤيد هذا النظر الاستاذ حسين عامر في كتابه الغاء العقد ص ٢٠٢ ، حيث يقول في البدايه ان بعض المحاكم وبعض الشراح يذهبون الى عكس ذلك ، لان الموكل الذي وعد بالاجر يمكن ان يتحلل منه بالغاء الوكاله اصلا ثم ان الالتزام بدفع الاجر

عاتق الاطراف ، وبالذات الطرف الذي لم يكن ملتزما ، وذلك بعد تكوين العقد ، اذ قد يطرأ بعد تكوين العقد واثناء تنفيذه واقعة لاحقة ، تؤدي الى نشوء الالتزام في ذمة كل من المودع والموكل تقابل الالتزامات المفروضة على عاتق الوكيل او المودع لديه الناشئة بمقتضى العقد ، حيث ذهب الفقه[1] الى القول بان العقد في هذه الحالة يصبح عقدا ملزما للجانبين غير تام لان التزامات كلا من الموكل والمودع لم تنشأ بمقتضى العقد بل اثناء التنفيذ فلو نشأت تلك الالتزامات اثناء تكوين العقد فانه تصبح في هذه الحالة عقدا ملزما للجانبين .

الا اننا نرى ان هذا العقد رغم تلك الالتزامات يظل عقدا ملزما لجانب واحد[2] اذ العبرة في اعتبار العقد ملزما للجانبين او لجانب واحد هي بالنظر الى الالتزامات الناشئة من العقد نفسه اي بالاستناد الى ارادة المتعاقدين وقت العقد فالالتزامات التي نشأت على عاتق الطرف الاخر .. الموكل او المودع لم يكن مصدرها العقد نفسه وانما مصدرها واقعة لاحقة عليه ، وقد تكون تلك الواقعة اما فعلا ضارا (غير مشروع) او فعلا نافعا في حالة الاثراء بلا سبب ، ولذلك فان القاعدة العامة في الفسخ لا تنطبق عليها ، لعدم وجود التقابل في الالتزامات النابع من ارادة المتعاقدين وقت ابرام العقد ، والذي يجعل العقد ملزما للجانبين يخضع مثل غيره من العقود الملزمة للجانبين للقواعد العامة في الفسخ[3]

١٣٥ ـ واذا كان لنا ان نتكلم عن كل من عقد القرض والعارية ، والرهن الحيازي ، فاننا نقول ان الامر في هذه العقود يختلف كل الاختلاف عن كل من عقد الوكالة وعقد الوديعة ، فهذه العقود ملزمة للجانبين ، وهي بحسب التقنين المدني الجديد عقودا رضائية ، ولذلك لسنا في حاجة الى القول مع بعض الفقه في فرنسا بان قاعدة الفسخ تسري ايضا على العقود الملزمة لجانب واحد ، كما تسري على العقود الملزمة للجانبين .

--- لم يترتب الا على ما اجراه الوكيل من عمل لاحق لتكوين العقد ولا يستحق الوكيل اجرا الا اذا كان قد قام بتنفيذ الوكالة نامله الامر الذي يترك تقديره للموكل ، وبهذا لا يقوم عنصر التقابل الذي يجب توفره في العقود الملزمة للجانبين ، ولكن يرد على ذلك بان القانون يخول الوكيل ان ينزل في اي وقت عن الوكالة ، الفقرة الاولى من المادة ٧١٦ من القانون المدني والمادة ٢٠٠٧ من القانون المدني الفرنسي مع ذلك لا يمكن القول بان التزام الوكيل لا ينشأ من العقد ، واذا كان الوكيل يلتزم بالعقد فان الموكل كذلك يلتزم به وعلى هذا غير الاجر عقد الوكالة الى عقد ملزم للجانبين تماما .

(١) انظر في هذا المعنى لاروميير ج٢ المادة ١١٠٢، ١١٠٦، ١١٠ فقرة ٢، ديمولومب ج٢٤/ ٢١ .

(٢) في نفس المعنى بلانيول وريبير واسمان ج٦ فقرة ٥٠ ص٣٧ ، لوران ج٥ ا فقرة ٣٥ ، ٤٣ ، ديموري لاكنتيري و بارد ج١ فقرة ١٤ ومابعدها ، مجوسران ج٢ فقرة ٥٠ ، السنهوري الوسيط

ولا الذهاب مع الجانب الاخر من الفقه هناك الى الاخذ بفكرة الاسقاط بدلا من الفسخ في هذه العقود اذ يبقى نطاق الفسخ كما اسلفنا مقصورا على العقود الملزمة للجانبين .

ونعتقد ان هذه العقود قد اعتبرت ملزمة للجانبين لاسباب تتعلق بنوعية الالتزامات التي تنشئها على عاتق اطرافها .

ففي عقد القرض نجد ان هناك التزامات متقابلة من جانب كل من المقرض والمقترض ففي جانب المقرض يوجد التزام بنقل الملكية ، ملكية الشيء المقترض ، وتسليمه الى المقترض مع ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية كما يلتزم ايضا بالتزام سلبي يتحدد في عدم المطالبة برد المثل الا عند انتهاء مدة القرض ، اما التزامات المقترض فتنحصر في رد المثل عند نهاية القرض الى جانب دفع المصروفات ودفع الفوائد اذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين على فوائد يدفعها المقترض مقابلا للقرض ، وفي ذلك تقول المادة ٥٢٨ من التقنين المدني المصري بان القرض عقد يلتزم به المقرض ان ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود او اي شيء مثلي اخر ، على ان يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته ، وكذلك تقول المادة ٥٢٩ من نفس التقنين بانه يجب على المقترض ان يسلم الشيء موضوع العقد الى المقترض ، ولا يجوز ان يطالبه برد المثل الا عند انتهاء القـرض .

اما المادة ٥٤٢ من نفس التقنين فتتحدث عن الالتزام بدفع الفوائد المتفق عليها في مواعيد استحقاقها .

والمعلوم ان عقد القرض يعتبر بحسب الاصل عقدا تبرعيا والتبرع في هذا العقد لا ينصب الا على المنفعة او الفائدة فقط دون ان ينصب على الشيء المتبرع به او محل العقد نفسه ، اذ قد يعتقد لاول وهلة عند القول ان هذا العقد عقد تبرعي ، ما هو معروف من تعريف عقد التبرع بحسب الاصل ، والذي يتجرد فيه المتبرع عن ملكية شيء معين الى المتبرع له دون مقابل ولكن في هذا النوع من التبرعات يجب ان يفهم ان المقصود هو التبرع بالفائدة ، او المنفعة فقط .

فالمقرض هنا يقدم الشيء الى المقترض ولا يسترد مثله الا بعد مدة معين

Le caractere synallagmatique des obligations est la raison d'être de la résolution

الزمن دون مقابل فهو اذن متبرع ومع ذلك فقد يشترط في عقد القرض ، ان يلتزم المقترض تجاه المقرض بدفع فوائد معينه فينقلب عقد القرض من عقد تبرع الى عقد معاوضه وهذا كله في نطاق طبيعته العادية باعتباره عقدا ملزما للجانبين ، بمعنى اخر انه عقد ملزم للجانبين سواء كان المقصود من القرض ان يكون على سبيل التبرع (١) او على سبيل المعاوضه (٢) فاذا اخل المقترض بأي التزام من التزاماته ، جاز للمتعاقد الاخر وهو المقرض ان يطالب بفسخ عقد القرض وذلك طبقا للقاعده العامه الوارده في الماده ١٥٧ فمثلا اذا لم يدفع المقترض الفوائد في مواعيدها جاز للمقرض ان يجبره بالطرق العاديه والقانونيه في القيام بالتنفيذ ، وجاز له ان يطالب بالفسخ كما اسلفنا .

(١) هناك نوعان من عقود التبرع ، تفضل — وهبات ، فعقود التفضل contrats des bienfaisances- contrats des interésses تقوم على التبرع بالمنافع والخدمات لا بالتمليك ، اذ يولي المتبرع للمتبرع له فائده دون ان يخرج عن ملكيه ماله مثال ذلك القرض بلا فائده ، والوديعه بلا اجر والعاريه عقد تفضل لان المعير يتبرع بمنفعة العين دون ان يخرج عن ملكيتها اما الهبات les donnations فان المتبرع يخرج شيئا من ماله الى المتبرع له فان كان هذا التبرع بعقد رسمي بالهبه فالهبه عقد تبرع بملكيه شيء حال الحياه اما اذا كان التبرع مضافا الى ما بعد الموت كان التصرف وصيه .

(٢) في كتابه الوسيط لشرح القانون المدني ج٥ ذهب الاستاذ الدكتور السنهوري بصدد الحديث عن الالتزام السلبي الذي يقع على عاتق المقرض — بالقول ان هذا الالتزام هو الذي يجعل العقد ملزما للجانبين بالرغم من عينيه — ويذهب ايضا الى القول بان ايراد هذا الالتزام السلبي في جانب المقرض يفسر في وضوح كيف يجري فسخ عقد القرض اذا اخل المقترض بالتزامه مع دفع الفوائد المشروطه وان هذا الالتزام السلبي هو الذي يقابل التزام المقترض بدفع الفوائد فاذا اخل المقترض بالتزامه من دفع الفوائد جاز للمقرض ان يطلب فسخ القرض ، وبالتالي يتحلل من التزامه بعدم المطالبه بالرد قبل انتهاء القرض ويسترد القرض بمجرد الفسخ وقبل نهايه العقد فقره ٢٩١ ص ٤٥٦ ، ٤٥٧ ولكن لم يتحدث الاستاذ الدكتور السنهوري عن الحاله العكسيه التي يكون فيها القرض بدون فائده ، فبحسب قوله اذا كان الالتزام بالفوائد يقابله الالتزام بالامتناع فينبغي عند عدم وجود الفائده ، زوال هذا الالتزام وهو القائل بان هذا الالتزام هو الذي يجعل العقد ملزما للجانبين غير اننا نعتقد ان عقد القرض عقد ملزم للجانبين سواء كان بفائده ، او بغير فائده ، فالالتزام الذي على عاتق المقرض والخاص بالامتناع عن المطالبه الا بعد انتهاء القرض يبقى موجودا حتى في حاله عدم اشتراط الفائده ، اي حتى لو كان العقد تبرعا وزياده ، على ذلك يمكننا القول بانه في حاله اخلال المقترض بالتزامه بدفع الفوائد يكون للمقرض الخيار اما ان يطالب بالفسخ او ان ينتظر الى حين انتهاء مده القرض فيطالب بالتنفيذ العيني على اساس رد المثل والفوائد معا ، كذلك يمكنه قبل ذلك الا يطالب بالفسخ اثناء سريان مده القرض ويطالب بالتنفيذ العيني اي بدفع الفوائد وبناء على ما تقدم نعتقد ان هناك فرقا بين الالتزام السلبي الذي على عاتق المقرض ومن ثم لتحلل منه في حاله اخلال المقترض بالتزامه بدفع الفائده ، والمطالبه بالفسخ ، =

اما فيما يتعلق بالالتزام برد المثل في الميعاد المتفق عليه ، فاننا نرى ان طبيعة عقد القرض تتطلب فقط ان يتمسك المقرض في المطالبة بالتنفيذ حتى يعود اليه المثل، اذ لا جدوى من المطالبة بالفسخ في هذه الحالة .

ويكون للمقترض ايضا الحق في المطالبة بفسخ العقد اذا اخل المقترض بالتزامه بالتسليم وذلك اذا وجد ان من مصلحته التخلص منه ، وخاصة في حالة وجود فائدة على القرض هو في غنى عنها ، كما له ايضا ان يطالب بالتنفيذ العيني مع فوائد التأخير ، وله كذلك بمقتضى المادة ٥٤٤ من التقنين المدني ان يعلن رغبته في الغاء العقد أي فسخه ورد ما اقترضه اذا كان عقد القرض بفائدة في اجل لا يجاوز ستة اشهر من تاريخ هذا الاعلان ، ولا يجوز الاتفاق على استبعاد حق المقترض في الرد او الحد منه .

١٣٦ - اما في عقد العارية فان الامر ايضا لا يختلف - فهو عقد ملزم للجانبين - وهو ايضا عقد رضائي بحسب التقنين المدني الجديد .

ولكونه ملزما للجانبين فانه ينشئ التزامات متقابلة على عاتق اطرافه فيلتزم المعير بتسليم الشئ المعار الى المستعير ، كما يلتزم بعدم المطالبة بالرد طول مدة العارية (المادة ٦٣٦) ويلتزم المستعير في المقابل باستعمال الشئ المعار على الوجه وبالقدر المحدد وذلك طبقا لما بينه العقد ، او تمليه طبيعة الشئ او ما يقضي به العرف ولا يجوز له ايضا ان ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع الا باذن المعير (مادة ٦٣٩) كما يجب على المعير طبقا للمادة ٦٤١ من التقنين المدني ان يبذل في المحافظة على الشئ العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون ان ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد ويلتزم المستعير اخيرا بان يرد الشئ الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها وذلك دون الاخلال بمسؤوليته عن الهلاك او التلف ، ويكون الرد حال انتهاء مدة العارية فاذا اخل احد الاطراف باي التزام من الالتزامات المفروضة عليه ، جاز للطرف الاخر طبقا للقواعد العامة ، اما المطالبة بالتنفيذ العيني ، او المطالبة بالفسخ الى جانب ما للمستعير والمعير من حق الغاء عقد العارية طبقا للمواد ٦٤٣ الفقرة الثانية والمادة ٦٤٤(١)

= ولذلك قد يقال انه قبل حلول اجل رد المثل لا يوجد على عاتق المقترض اي التزام ان كان الالتزام بالفائدة ، وبالتالي يكون للمقرض في المقابل ان يسلك مسلكا معينا في حالة الاخلال بهذا الالتزام - وليس له في ذلك الا التحلل من الالتزام السلبي والمطالبة بالفسخ ، ولكن هذا لا يعني ان الالتزام السلبي غير موجود اذا لم يوجد

١٣٧ ـ وكذلك فى عقد الرهن الحيازى نجد نفس المعنى ، فهو بحسب التقنين المدنى الجديد عقد رضائى وملزم للجانبين ، يرتب على كلا طرفيه التزامات متقابلة ، وفى هذا الصدد تقول المادة ١٠٩٦ بأن الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ان يسلم الدائن أو الى اجنبى يعينه المتعاقد شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشىء لحين استيفاء الدين و وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبه فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء فى اى يد يكون .

ويخلص من هذا النص أن على المدين الراهن أن يقوم بتسليم الشىء المرهون الى الدائن (المادة ١٠٩٩) وان يلتزم امام الدائن المرتهن بمقتضى العقد بضمان سلامة الرهن ونفاذه ، (المادة ١١٠١) وضمان هلاك الشىء المرهون أو تلفه اذا كان الهلاك والتلف واجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة .

أما التزامات الدائن المرتهن فهى كالتالى فى حالة تسلمه للشىء المرهون عليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية مايبذله الشخص المعتاد ، وهو مسؤول عن هلاك الشىء أو تلفه مالم يثبت العكس (المادة ١١٠٣) كما يلتزم بالا ينتفع بالشىء المرهون دون مقابل وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا مالم يتفق على غير ذلك (المادة

= قبل انتهاء العارية غير انه اذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله أما المادة ٦٤٤ فتقول بأنه يجوز للمعير ان يطلب فى اى وقت انهاء العارية فى الاحوال الآتيه : أ ـ اذا عرضت له حاجة عاجلة للشىء لم تكن متوقعه ، ب ـ اذا أساء المعير استعمال الشىء أو قصر فى الاحتياط الواجب للمحافظة عليه ، جـ اذا اعسر المستعير بعد انقضاء العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم المعير. وتجدر الاشارة الى القانون المدنى الفرنسى يذهب الى الجمع فيما بين القرض والعارية فى لفظ العارية du prêt ويعرف العارية بانها عارية استعمال . "Du prêt de usage ou commodat du prét de consommation ou simple pret.

وهى تقع على اشياء لاتهلك بالاستعمال ـ اما القرض فنقول عنه بأنه عارية استهلاك وتكون فيما يهلك بالاستعمال . (المادة ١٨٧٤) .

" Il y a deux sortes de prêt,celui des choses dont on peut user sons les détruire,et celui des choses que se consommeuts par l'usage, qu'on enfait.
La premier espéce s'appelle prêt à usage, ou commodal; la deuxieme s'appelle prêt de consommation ou simplement pret.

أما التقنين المدنى المصرى فكما أسلفنا فقد وضع أحكاما خاصة لعقد العارية وقصر لفظ العارية =

١١٠٤) ويجب كذلك على الدائن ان يدير الشيء المرهون ادارة حسنة ، وعليه ان يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد وليس له ان يغير من طريق استغلال الشيء المرهون الا برضاء الراهن ويجب عليه ايضا ان يبادر باخطار الراهن عن كل امر يقتضي تدخله (الفقرة الاولى من المادة ١١٠٦) كما يلتزم في الاخير برد الشيء المرهون الى الراهن بعد ان يستوفي كامل حقه (المادة ١١٠٧) .

وبناء على ما تقدم - اذا اخل احد الاطراف باي التزام وقع على عاتقه فان مقتضى القواعد العامة تقضي بان للطرف الاخر الحق اما في المطالبة بالفسخ او بالتنفيذ العيني فاذا اخل المدين الراهن بأي التزام من الالتزامات المفروضه عليه بمقتضى القانون الا الاتفاق كان للدائن المرتهن ان يطالب بفسخ عقد الرهن .. ، وكذلك للمدين ان يسلك نفس المسلك اذا ما اخل الدائن المرتهن بأي التزام مفروض عليه بمقتضى القانون او الاتفاق بحيث يجوز له ان يطالب بالفسخ طبقا للقواعد العامة (المادة ١٥٧-١٥٨) واذا كانت القواعد العامة تقضي بذلك فان المشرع المصري قد خالف هذه القواعد في الحالة التي يخل فيها الدائن المرتهن بالالتزام الخاص بادارة الشيء المرهون ادارة حسنة بحيث ارتكب في ذلك اهمالا جسيما ، فذهب في الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ الى القول بانه اذا اساء الدائن استعمال هذا الحق (ادارة الشيء المرهون) او ادارة الشيء المرهون ادارة سيئة او ارتكب في ذلك اهمالا جسيما ، كان للراهن الحق ان يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، او ان يسترده مقابل دفع ما عليه .

والمعروف ان الالتزام السالف الاشارة اليه - هو احد الالتزامات المفروضة على الدائن المرتهن بمقتضى عقد الرهن - الذي هو في نفس الوقت عقد ملزم للجانبين والغريب ان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي لم تقدم تعليلا لتلك المخالفة ، ولم تبين لنا المغزى الحقيقي من الجزاء الخاص الذي اعطته لصالح المدين الراهن .

حيث نجدها تقول " يلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون ، الاستثمار الذي يصلح له ، وان يبذل في استثماره وادارته عناية الرجل المعتاد ، ولا يغير من الطريقة المألوفة للاستغلال الا برضا الراهن ، ويبادر الى اخطار الراهن بكل ما يقتضيه ان يتدخل

= عليها فقط ، أما النوع الثاني فاطلق عليه لفظ القرض واقر له نصوصا خاصة ابتداء من المادة ٥٣٨ وما بعدها .

فان اخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، كما يجوز له أن يرد الدين ، فيسترد الرهن ، فاذا لم يكن للدين فائدة رده بعد خصم الفائدة ، بسعرها القانوني على المدة مابين يوم الوفاء ويوم الحلول (مجموعة الاعمال التحضيرية ج٧ ص ٢١٩) .

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الفرنسي وان كان مايزال حريصا على اعتبار هذا النوع من العقود عقودا عينية ، نجده أيضا حريصا على عدم مخالفة القاعدة العامة الواردة في المادة ١١٨٤ ، ففي النص الوارد بهذا الخصوص المادة ٢٠٨٢ الفقرة الاولى تقول لايسوغ للمدين أن يطلب استرداد الرهن المقدم لضمان الدين الا بعد تمام أدائه ووفاء ماعليه من الفوائد والمصاريف مالم يستعمله الدائن المرتهن فيما لايجوز استعماله. (١)

ونعتقد أن خروج المشرع المصري في هذه الحالة عن القواعد العامه لامبرر له اذا كان الاولى ان يلتزم بها كما فعل القانون المدني الفرنسي،صحيح ان الاجدر بالحماية هو مصلحة الدائن ولكن دون أن تكون على حساب الاضرار بحقوق المدين . (٢)

١٣٨ ـ والخلاصة هي ـ ان اختلاف الموقف بين القانون المدني المصري ، والقانون المدني الفرنسي ليس كبيرا ، اذ ينحصر فقط في المفهوم العيني للعقود .

فالقانون المدني الفرنسي مازال يعتد بالعقد العيني في كل من القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة ، اذ ورث فكرة العقود العينية عن القانون الروماني(٣) والمعروف ان القانون الروماني قد اجاز في مرحلة من مراحل تطوره قيام هذه العقود على سبيل الاستثناء من قاعدة الشكلية حيث كان يكتفي فيها بتسليم محل العقد ، دون الاعتداء بالاتفاق عليها قبل تمام التسليم ، فمتى تم التسليم ، انعقدت ونشا فيها على المتسلم الالتزام بالرد(٤)

---

1) Art : 2082. le debiteur ne peut,à, moins que le détenteur du gage, m'en abuse, en réclamer la restitution qu'apres avoir, en.

(٢) في كتابة مصادر الالتزام يقول الاستاذ البدراوي في حديثه عن العقود العينية والتي اصبحت الان عقودا رضائية بأن من بين هذه العقود الاربعه نجد ثلاثة ملزمة للجانبين القرض والعارية ورهن الحيازة ـ يلزم فيها أحد الطرفين بالتسليم والطرف الاخر بالمحافظة والرد ولهذا أصبح من الميسور قبول فكرة الفسخ فيها فاذا لم يقم المقترض أو المستعير أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، مما يستوجب عليه بمقتضى العقد كان إمتنع عن دفع الفائدة او قصر في المحافظة على الشيء المعار او المرهون ، استطاع الطرف الاخر وهو المقرض او المعير او الراهن ان يطلب فسخ العقد ويسترد الشيء متحللا بذلك من التزامه بالتسليم ص ٣٩ .

(٣) وهذا ما اكدته الاعمال التحضيرية حيث قالت بان تسليم الشيء "La rémis de la chose" يعتبر ركنا جوهريا في العقد Fenet ج ١٥ ص ٢٠٤ .

** القسم الثانـــي **

انواع الفسخ واحكامـــــه

تمهيـــد :-

للفسخ في القانون المدني المصري ، باعتباره جزاء على عدم التنفيذ الـــــى نوعان الاول فسخ قضائي والثاني فسخ اتفاقي .

ولا يقوم الفسخ الا اذا كان هناك عدم تنفيذ منسوب الى خطا من جانب المدين وهـــذا الخطــأ المنســـب الى المدين هو الذي يميز الفسخ عن الانفساخ بقوة القانـــون ، لان سبب هذا الاخير ليس خطا المدين ولكن السبب الاجنبي ، الذي قد يكون القـــوه القاهره او الحادث الفجائي ، او قد يكون خطا الدائن او الغير .

هذا وقد اورد المشرع كما سبق ان اشرنا الى ذلك مرارا نصين اشار في كل منهما الـــى نوع معين من الفسخ ، فكانت الماده (١٥٧) المتعلقة بالفسخ القضائي وكانـــت الماده (١٥٨) الخاصه بالفسخ الاتفاقي .

وبناء على ما تقدم سيتضمن هذا القسم بابيــن الاول خاصا بالفسخ القضائي والثانـــي خاصا بالفسخ الاتفاقي باعتبار ان كلا منهما جزاء لعدم التنفيذ ففي الباب الاول نتكلـــم عن شروط الفسخ وعن دور القاضي ومدى سلطنة التقدير به حول عدم التنفيذ ، الى جانـــب موقف كل من الدائن والمدين اثناء نظر النزاع امام القضاء .

وفي الباب الثاني ، سنتناول بالكلام اهمية الفسخ الاتفاقي وصور الاتفاق عليه ، واثـــر الشرط الفاسخ على كل من الدائن والمدين ، ثم نبين الاثار التي تترتب على الفســـــخ بايجاز ، استكمالا للموضوع (١) .

العقد ، وهذا يعني ان العقود العينية الملزمة للجانبين والتي اصبحت الان في التقنين المدني المصري الجديد رضائية تخضع للقواعد العامة في الفسخ بالاضافة الى ذلك تنطبق القاعدة العامة في الفسخ على العقود التي تعتبر عقودا ملزمة لجانب واحد بحسب الاصل ، ثم تتحول بصفة استثنائية الى ملزمة للجانبين عندما تضع على عاتق الطرف الغير الملتزم التزاما او عدة التزامات وقت تكوين العقد ، مثل عقد الهبة والوكالة والوديعة .

اما فيما عدا ذلك فلا تنطبق تلك القاعدة اذ لا تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد ولا على العقود التبادلية الناقصة كما ذهب الى ذلك بعض الفقه اذ هي في نظرنا عقود ملزمة لجانب واحد بالرغم من نشوء التزام في ذمة الجانب الاخر لان مصدره مستمد من واقعة لاحقة على تكوين العقد ، اذ العبرة كما سبق ان اشرنا في اعتبار العقد ملزما للجانبين او ملزما لجانب واحد هي بالنظر الى الالتزامات الناشئة من العقد نفسه اي بالاستناد الى ارادة المتعاقدين وقت ابرام العقد .

وكما سبق أن قدمنا فان المفهوم العينى - هو الذى ادى الى انقسام الفقه الفرنسى ذلك الانقسام الذى اشرنا اليه عند استعراضنا لمواقف المقيدين للمادة ١١٨٤، وموافق الموسعين لمجال تطبيق لتلك المادة ٠

هذا وتجدر الاشارة الى ان القانون المدنى المصرى القديم قد ساير القانون الفرنسى فى اعتبار تلك العقود الاربعة عقودا عينية ، واضاف اليها الهبة اليدوية التى تتم بالقبض ٠

واذا كان المفهوم العينى لتلك العقود قد ساد لفترة من الوقت ، واستمر الى حتى الان فى بعض القوانين التى منها فرنسا والبلدان المشابهة لها ، الا انه قد تعرض لنقد شديد من جانب الشراح ، فكما نعلم ان القانون الرومانى قد التجأ الى هذا المفهوم ، للتخفيف من مبدأ الشكلية الذى كان يلتزم به بناء على التطورات المتلاحقة للحياة العملية فذهب الى ان التسليم فى هذه العقود يمكن ان يحل محل الشكل ، لكن فى العصر الحالى نجد ان الاصل فى العقود الرضائية ، فلم يعد هناك من مبرر لاستبقاء المفهوم العينى ولذلك نجد ان كثيرا من التقنينات الحديثة قد هجرت فكرة العقود العينية واعتبرتها عقودا رضائية ، ومن هذه التشريعات التقنين المدنى المصرى ، والالمانى والسويسرى ٠٠٠٠، وقد استبقى التقنين المدنى المصرى الجديد فكرة العقد العينى بالنسبة لعقد واحد لم يكن فى عداد العقود العينية الاربعة التقليدية ، وهو هبة المنقول ، اما القانون الالمانى فقد استبقى القرض ورهن الحيازة ، والسويسرى استبقى فقط رهن الحيازة ٠

ومن المفيد اخيرا ان ننهى هذا المبحث بالقول ، ان الطبيعة الخاصة للعقد الملزم للجانبين وما تحتويه تلك الطبيعة من فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة تعتبر الحجر الاساسى لنظرية الفسخ ، بحيث تسمح لنا بتطبيق القواعد العامة فى الفسخ عليها (المواد ١٥٧ - ١٥٨) ولذلك فان اى عقد مهما كانت طبيعته ومهما كان الاصطلاح الذى يطلق عليه ، يكون قابلا للفسخ نتيجة عدم التنفيذ فى كل الاحوال اذا اتفق اطراف العلاقة التعاقدية على ترتيب التزامات ما على كل منهما وقت تكوين

= العقود ففى الوعد بالقرض والعارية ورهن الحيازة يكون الواعد ايضا ملتزما بتسليم العين المتفق عليها ويجوز للقاضى ان يجبره على تسليمها فعلا وعند عدم الوفاء بذلك الالتزام اى بالتسليم يحكم عليه بالتعويض والوعد بالعقد العينى يكون ملزما لطرف واحد وهو الواعد عن طريق الوفاء بهذا الالتزام الناشئ من الوعد ، ينقضى

** الباب الاول **

الفسخ القضائي كجزاء لعدم التنفيذ

١٣٩ ـ بعد ان فرغنا من دراسة نطاق تطبيق نظرية الفسخ في الباب الثاني من القسم الاول سواء كان في العقود الملزمه للجانبين او في العقود الملزمه لجانب واحد . بحيث وصلنا الى القول بان الفسخ لا يكون الا في العقود الملزمه للجانبين . وانه من الممكن ان يرد ايضا على العقود الملزمه لجانب واحد اذا اتفقا اطراف التعاقد على ترتيب التزامات عند ابرام العقد على عاتق الطرف الاخر وهو الذي يعتبر بحسب الصور المعتاده لهذه العقود غير ملتزم نتكلم الان عن الفسخ القضائي الذي يعتبر احدى الصور التي نص عليها القانون المدني المصري في تنظيم الفسخ الماده (١٥٧ من القانون المدني) تقول بانه في العقود الملزمه للجانبين اذا لم يقم احد المتعاقدين بالتزامه . جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين . ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى .

ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك . كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يعرف به المدين قليل الاهمية بالنسبه الى الالتزام في جملته .

ونستطيع من خلال هذا النص ان نوضح خطة دراستنا في هذا الباب فنقسمه الى فصلين الاول في شروط الفسخ وما يشمله في الكلام عن سلطة القاضي التقديرية له وما هية عدم التنفيذ الموجب للفسخ، وفي الفصل الثاني في مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ومدى حق المدين في التنفيذ اثناء دعوى الفسخ .

** الفصـــــل الاول **

شروط الفســــــخ

١٤٠ ـ يقوم الفسخ كما سبق ان راينا على اساس عدم تنفيذ احد العاقدين لالتزامه فى عقــد ملزم للجانبين . ولا يتحقق اخلال المتعاقد بالتزامه ولا يكون لذلك مسئولا عن هذا الاخلال الا اذا حل اجل التنفيذ . وما دام اجل التنفيذ لـم يحل بعد لا يستطيع الدائن ان يتخـذ اى اجراء فى مواجهة المدين .

والراى السائد بين الشراح انه اذا كان حق الدائن مؤجلا فلا يجوز له ان يقيم علــى مدينه دعوى يطلب فيها تنفيذ الالتزام قبل حلول هذا الاجل ويبرر هذا الراى بأنه مـن القواعـد الاساسية فى قانون المرافعات ان وظيفة القاضى هى الفصل فى الخصومات وليس له ان يقضـى فى غير خصومه . والخصومه بهذا المعنى لا توجد الا عندما ينكر شخص حقا علية لاخــر او عندما يكون هناك خلاف بين شخصين على مدى حقوق كل منهما .

وحلول الاجل لا يكفى ايضا للتمسك او المطالبه بالفسخ . بل لا بد من الاعـــذار حتى يوضع المتعاقد موضع التقصير فى قعوده عن الوفاء بالتزامـه .

ومما تقـدم يمكننا القول فـان للفسخ ثلاثة شروط . وهى :ـ

(١) اعذار المتعاقد الذى لم يـوف بالتزامـه .

(٢) ضرورة ان يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه، او على استعداد للقيام بهذا التنفيــذ الى جانب الا يكون قد نزل عن حقه فى المطالبه بالفسخ .

(٣) ان يكون عدم الوفاء منسوبا الى تقصير المدين المتعاقد .

هذا مع افتراض ان العقد ملزم للجانبين .

** المبحث الاول **

الاعذار

DE LA MIS EN DEMEURE

١٤١ ـ تقضى الفقره الاولى من الماده (١٥٧) بانه حتى يتسنى للدائن المطالبه بفسخ العقد يلتزم القيام باعذار المدين • اى بمطالبته بالتنفيذ ـ والاعذار ضرورى ايضا للمطالبه بالتعويض • فنجد الماده ٢١٨ من القانون المدنى تقضى بانه (لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين) •

وقد بينت الماده ٢١٩ من القانون المدنى كيفية القيام بالاعذار فى قولها (يكون اعذار المدين بانذاره او بما يقوم مقام الانذار • كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضى بان يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اجراء آخر •

ومعنى الاعذار[1] هو تسجيل التاخير او وضع المدين موضع المقصر فى تنفيذ التزاماته ولذلك فان معناه واحد فى كل من الفسخ والتعويض[2] •

فى الفسخ لا يستطيع الدائن ان يتقدم للمطالبه به الا بعد ان يثبت له ان المدين لا يريد القيام بتنفيذ التزامه ـ فى التعويض كذلك نجد ان عدم التنفيذ او التاخير فى التنفيذ لا يعتبر كافيا لقيام مسئولية المدين • بل يجب ان يقوم الدائن باعزاره • وكما سبق ان اسلفنا ان حلول الاجل كقاعده عامه لا يكفى لاعتبار المدين مقصرا بل يجب ان يصدر من الدائن على ايجابى يكشف به عن مطالبته المدين بالتنفيذ[3] •

ونعتقد بانه اذا كانت ثمة اعتبارات هى التى تودى بالدائن قبل ان يشرع فى اتخاذ الاجراءات العنيفه ضد المدين ان يبادره بالحسنى ويظهر له عزيمته لعله يقوم بالوفاء، فان مقتضيات العداله تأبى ايضا ان يكون المدين مسئولا عن عدم القيام بالتنفيذ الا اذا اعلن الدائن عن رغبته فى المطالبه بهذا الالتزام عن طريق الاعذار • وهذا ما قدره المشرع

---

(١) لفظ الاعذار يقابله فى القانون المدنى الفرنسى لفظ Demeure وهو مستمد من اللفظة اللاتينية More بمعنى التاخير •

(٢) الاستاذ لوران يفرق بين الفسخ والتعويض فى ضرورة الاعذار • فهو يرى ان الاعذار لا يكون الا فى التعويض فقط ولا يكون فى الفسخ ذلك لان الفسخ فى نظرة يودى الى اعادة الاطراف الى ما كانوا علية قبل التعاقد • اما فى التعويض فهو ضرورى لان المطلوب هنا هو تعويض الدائن عن ما فاته من كسب وما تحمله من خساره (لوران ج ١٧ فقره ١٣٢) •

(٣) انظر فى نفس المعنى لبليته الرساله السابقه فى الفسخ القضائى ص ١٧٨ وديمتريسكو [illegible]

في وجود نوع من التسامح في العلاقة ما بين الدائن والمدين اذ ما دام الدائـــن لا يشكو من عدم قيام المدين بالتنفيذ في موعده يفترض انه لا يتضرر من هذا التاخير .

بيد ان هذه الاعتبارات اصبحت لاتتلاءم مع طبيعة العلاقات الاقتصاديــة في الوقت الحاضر، الامر الذي حدا ببعض الشرائع الحديثة الى الاستغناء عن الاعــذار قبل مباشرة الدائن التنفيذ . فهي تعتبر مجرد حلول الاجل بمثابة اعذار للمديــن يضعه موضع التقصير في تنفيذ التزامه ويجعله مسئولا عن التاخير فيه . من هـــذه الشرائع القانون المدني الالماني[1] ((م ٢٨٤)) والقانون المدني السويسري ((م ١٠٢)) والتقنين البولوني للالتزامات ((م ٢٤٣)) ولكن القانون المدني المصري . مثله مثــل القانون المدني الفرنسي[2] اوجب على الدائن ان يقوم بالاعذار حتى يتسنى له الحصول علــى حقه سواء في المطالبه بالتنفيذ او بالفسخ او بالتعويض غير ان غالبية الفقه[3] تذهب مــع احكام القضاء[4] الى ان مجرد رفع الدعوى امام القضاء يعتبر في حد ذاته اعذارا يجعــل طلب الفسخ مبررا .

---

(١) ويخالف كننستاتنيكو هذا الراى . فيقول بان القانون الالماني قد اخذ بضـرورة الاعذار كشرط سابق للتمسك بالفسخ اذ يظهر ذلك بصورة واضحه في المـــادة ٣٢٦ عند ما تقول (بانه لا بد من اثبات ان المدين قد تاخر في تنفيذ التزامــه ولا يكون ذلك الا عن طريق الاعذار او الانذار ، وان المادة ٣٢٦ لا تتعارض مع المادة ٢٨٤ (انظر رسالته السابقه ص / ١٣٩) .

(٢) في الفقة الفرنسي نجد جانبا كبيرا منه يقول بان قبول او سماع دعوى الفسخ لا يخضع لشرط سابق واولي وهو الاعذار . انظر . هيك جـ ٧ فقره ٢٧٠ ــ بـودري لاكنتري وفال عقد الايجار جـ ١ فقره ١٠٤٥ ــ جيوار في عقد الايجـــار جـ ١ فقره ٤٣٩ .

(٣) لا رومبير جـ ٣ المادة ١١٨٤ فقره ٤٤ ــ ديمولومب جـ ٢٥ فقره ٥١٣ ــ اوبري ورو جـ/ ٤ فقره ٣٠٢ / هيك جـ ٧ فقره ٢٧٠ ، بودري لاكنتري وبـــارد جـ ٢ فقره ٩٢٩ ــ بلانيول ريبير واسمان جـ ٦ فقره ٤٢٦ ، كولان وكابيتان جـ/ ٢ فقره ١٥٣ ــ جوسران جـ ٢ فقره ٣٨٢ ــ السنهوري جـ ١ الوسيط فقره ٤٧٣ ، انور سلطان مصادر الالتزام فقره ٣٥٩ ــ سليمان مرقس الالتزامات فقره ٣٤٢ ــ البدراوي مصادر الالتزام فقره ٤٠١ ، جميل الشرقاوي مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٦ ص ٣٨٧ .

(٤) نقض ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ ــ ١ ــ ٥٠٧ ــ نقض مدني ٢٨ مارس ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ ــ ١ ــ ٣١٥ وبخصوص التعويض ذهبت محكمة النقض الفرنسيه الى انه في حالة الفسخ المنصوص عليه في المادة ١١٨٤ فان القيام بالاعذار لا يعتبر شرطا جوهريا للمطالبه بالتعويض الذي امره القانون (داللوز ٨٣ ــ ١ ــ ٣٧٦ ــ غير ان لنفس المحكمة احكاما اخرى اخذت بوجوب القيام بالاعذار منها الحكم الصادر

١٤٢ - لقد ورد في القانون المدني الفرنسي نص الماده ١٦٥٦ الذي اختلفت مواقف القضاء الفرنسي منه وذلك في تفسير معنى الاعذار الذي تضمنه هذا النص ...... يقول النص بانه اذا كان قد اشترط في عقد بيع عقارات ، ان عدم دفع الثمن في الوقت المحدد سيؤدي الى فسخ عقد البيع بقوة القانون ، فان المشتري مع ذلك يستطيع ان يقوم بدفع الثمن بعد انقضاء المده طالما لم يتم اعذاره من قبل البائع بانذار فاذا تم الانذار فان القاضي لا يستطيع ان يعطيه مهله للتنفيذ (١) .

اول موقف للقضاء الفرنسي كان بتاريخ ١٨٢٤ ، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسيه بتاريخ ١٨ اغسطس ١٨٢٤ الى القول (ان الاعذار الذي تضمنه الماده ١٦٥٦ السالفة الذكر لا يقصد منه الزام المشتري بدفع الثمن ، بل ابلاغه بان البائع سيعمل ارادته في الاستناده من حقه في التمسك بالفسخ الذي منحه اياه القانون عند عدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بالدفع خلال المده المحدده من قبل البائع بمقتضى الانذار واذا قام المشتري بدفع الثمن بعد تلك المده فان ذلك لا يعتد به لانه يعتبر متاخرا .

اما الموقف الثاني فقد اتخذته نفس المحكمه بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٤٨ وهو موقف متطور عن السابق ، حيث قالت بان الاعذار لا يهدف الا لاثبات ان المشتري يرفض القيام بتنفيذ التزامه فان للبائع الحق ان يستفيد مما منحه اياه القانون في التمسك بالفسخ لانه سيتاكد من ان المشتري لن ينفذ التزامه في المده التي منحت له - وهي مدة ملائمه بعد ان استلم الانذار sommation ، وقالت كذلك ان الانذار الثابت بمقتضى الماده ١٦٥٦ من القانون المدني لا يعني الا انذار بالدفع(٢)

"Une sommation à fin de payer

---

(١) "Art 1656. s'il a été stipulé lors de la vente d'imm-eubles, que faut du payement du prix dans le terme conv-enu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut neanmoins payer aprés l'expiration du delai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais aprés cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de delai".

(٢) ورد هذان الحكمان في انسكلوبيدي داللوز تحت لفظ بيع vente فقره ١٩٤ في القسم الخاص بفسخ عقد البيع الطبعه الثانيه ١٩٧٧ من اول يناير الى غاية ٢٠ ابريل ونشير في هذا الصدد الى ان لبلينه يفسر الاعذار تفسيرا اخر فيقول بان الهدف الاساسي من الاعذار الذي تضمنته الماده ١٦٥٦ هو سلب او حرمان القاضي من الحق في منح المدين مهله من اجل التنفيذ .

"Dans une vente d'immeubles au cas de pacte commissoire =

وان هناك فرقا كبيرا بين ما اذا كان المقصود منه التمسك بالفسخ او المطالبه بدفـــــع الثمن •

ونعتقد الى جانب ما تقدم انه حتى في حالة غياب النص على ذلك في القانـــون المدنى المصرى فان ما ذهبت اليه محكمه النقض الفرنسيه في حكمها الاخير ١٩٤٨ هـــو الا قرب الى الصواب والى المنطق ، لان الاعتداد بالاعذار في كونه تسجيل تقصـــير المدين او انذارا بالدفع هو الاقرب الى حسن سير التعامل بين الناس ، اذ المفـــروض ان نعمل بقدر المستطاع على حماية العقود التى تبرم بين الافراد وفي نفس الوقـــت العمل على تنفيذها على ان نلجا الى الوسائل التى وضعها القانون بين يدى الافـــراد بقصد فسخ العقود الا في حالة الضرورة — فحماية التعامل تقتضى ان ناخذ بالتفسير الثانى لمفهوم الاعذار الذى ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الاخير[1] •

فموقفها هذا لا يعنى انها تحابى جانب المدين وان كان من المفروض ان يحابى جانـــب الدائن لانه قدم ما عليه ومن ثم لا بد من قيام الطرف الاخر بتنفيذ ما عليه ايضا ، لكنهـــا تاخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرفين الدائن والمدين في الاطار العام لحسن ســـــير التعامل بين الناس والى جانب ذلك يمكننا القول بان ما ورد في هذا النص جـــوازى بالنسبه للدائن اذ يستطيع ان يستغنى عنه باللجوء الى القضاء للمطالبه بالفســـخ اذ من الممكن ان تحل صحيفة افتتاح الدعوى الخاصه بالفسخ "L'exploit d, ajournement de l'instance en résolution. محل الاعذار ، ولكونه جوازيا بالنسبه للدائن فانه لا يعتبر من النظام العام اذ تجوز مخالفته باللجوء الى القضاء مباشرة وهذا مما يدعم موقف الفئة الغالب من ان دعوى الفسخ تعتبر في حوذ اتها اعذار للمدين •

من جهة ثانية وعلى الرغم من الاجماع الفقهى والقضائى في ان رفع دعوى الفســـخ يعتبر اعذارا — نجد ان كثيرا من الاحكام القضائية قد ذهبت الى ضرورة القيـــام

---

expresse la sommation de payer le prix adressée parl le vendeur à l' acheteur est suivie d'une action en résolution a pour effet de priver le juge de la faculté d' accorder une delai pour l'exécution " P. 181

(1) " C. civ 15 dec 1948 . D . 1949. 105-not lenean"

بالاعذار لصحة المطالبه بالفسخ او التعويض منها على سبيل المثال قولها "انه لا يجوز للمشترى طلب فسخ البيع او طلب التعويض لتاخر البائع فى التسليم الا اذا اعذر البائع [١]، وقضى كذلك بانه اذا لم يعذر المشترى البائع ورفع دعوى الفسخ والتعويض • ولم يتمسك البائع الاعذار بل ناقش المشترى فى نتائج عدم التنفيذ لم يعد للبائع بعد ذلك الحق فى التمسك بعدم الاعذار [٢] •

وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصريه فى حكم لها بتاريخ ١٦ مارس ١٩٤٤ [٣] بانه لا يكفى لترتيب الاثر القانونى للاعذار ان يكون المشترى قد قال فى دعوى اخرى أن البائع قد انذره ما دام ذلك القول قد صدر فى وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحا بل يجب تقديم الاعذار حتى يمكن للمحكمة ان يتبين ان كان يترتب عليه الفسخ ام لا •

ونعتقد اضافة الى ما تقدم ان اعذار المدين بالوفاء قبل الالتجاء الى القضاء لطلب الفسخ من شانه ان يحقق للدائن بعض ما يهدف اليه • من ناحية يستطيع ان يجعل القاضى اسرع الى الاستجابه لطلب الفسخ • ومن ناحية اخرى يسمح للدائن بالمطالبه بالتعويض عن الضرر الذى يصيبه من جراء التاخير فى التنفيذ من يوم الاعذار [٤] •

---

(١) استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعه الرسميه ٣٦ رقم ٦ ص ١٤٠ استئناف مختلط ١٦ مايو ١٨٨٩ م ٦ ص ٣٤٧ ـ ١٨ ابريل ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٢ • ـ ٢٠ يونية ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٧ • ١٧ نوفمبر ١٨٩٧ م ١٠ ص ١١ • ـ ١٧ مارس ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ • ـ ١١ ابريل ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ ـ ١٣ ديسمبر ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤ •

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مارس ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨ •

(٣) نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم/ ١١٢ ص ١٩٣ • وحتى يكون للاعذار اثرة القانونى يجب ان يكون دقيقا ومحددا ومنصبا على ذات الالتزام الذى على عاتق المدين تجاه الدائن • اما اذا كان غير ذلك فانه لا يكون مقبولا (انظر هذا المعنى عند كونستا نتيكو الرساله السابقة فى القانون الالمانى ص ١٤٠ وما بعدها • ويذهب ايضا الى القول بان الاعذار او الانذار هو "Une déclaration de volenté unilateraile qui necessite la réception •

(٤) انظر فى نفس المعنى د / جميل الشرقاوى حيث يقول (واعذار المدين قبل طلب الفسخ يكشف بوضوح عن تقصير هذا المدين فى عدم التنفيذ • فيجعل القاضى اكثر ميلا للحكم بالفسخ والقضاء له بتعويض عما اصابه من ضرر من هذا التقصير الصادر ص ٣٨٧) •

١٤٣ ـ واذا كان القيام بالاعذار ضروريا بحسب نص الماده ١٥٧ والماده ٢١٨ من القانون المدني فانه لا يكون واجبا اذا نشأت بعض الاسباب وهذه الاسباب وردت في الماده ٢٢٠ من القانون السالف الذكر . حيثما قالت بانه لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الاتيه :ـ

(ا) اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين .

(ب) اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع .

(جـ) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

(د) اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه .

واذا كان هذا النص قد ورد في الفصل الخاص بالتنفيذ عن طريق التعويض فاننا نعتقد كما سبق ان اسلفنا ان معنى الاعذار في كونه وضع المدين موضع المقصر وحثة على القيام بالتنفيذ يتقارب في كل من المطالبه بالتعويض او بالفسخ .

ونجد الفقره (ا) من النص السابق تشير الى انه لا ضرورة لاعذار المدين اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين . اذ من الطبيعي الا يكون ثمة داع للاعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بفعل المدين نفسه . فيعد المدين في هذه الحاله مسئولا عن نتائج عدم التنفيذ دون حاجة للاعذار ذلك ان الاعذار دعوه الى المدين بالتنفيذ . وقد اصبح التنفيذ مستحيلا بفعله . اما اذا اصبح التنفيذ مستحيلا بسبب اجنبي عن المدين فان الالتزام ينقضي بقوة القانون،ومن امثلة الاستحاله بفعل المدين ان يبيع البائع العقار مره اخرى الى مشترى ثان يسارع بالتسجيل . فيصبح تنفيذ التزامه بنقل الملكية الى المشترى الاول غير ممكن التنفيذ بفعله . كذلك اذا كان محل التزام المدين امتناعا عن عمل ووقعت المخالفه من المدين كذلك اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين كما اذا كان الالتزام واجب التنفيذ في فتره معينه وتركها المدين تمر بدون تنفيذ .

اما الفقرة الرابعه (د) من الماده السابقه فانها تقضي بعدم ضرورة الاعذار اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه . والكتابه هنا للاثبات

فقط كما يقول بذلك الاستاذ السنهورى [1] اذ من الممكن اثبات مسلك المدين عن طريق الاقرار او النكول عن اليمين كما يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستغناء عن الاعذار • ومثل هذا الاتفاق كثير الورود فى العقود وخصوصا عقد الايجار • وهذا الاتفاق يقضى بأن يعتبر مجرد حلول الاجل بمثابة اعذار للمدين • وقد يكون الاتفاق على ذلك صريحا وقد يكون ضمنيا يستخلصه القاضى من ظروف التعاقد •

١٤٤ ـ الخلاصه هى : انه اذا كان الفقه والقضاء قد اجمعا على أن مجرد رفع الدعوى امام القضاء يعتبر اعذار فان الاعذار قد نصت عليه المادة ١٥٧ والمادة ٢١٨ من القانون المدنى للاهميته العمليه اذ كما اسلفنا يجعل القاضى اسرع استجابة لطلب الفسخ والحكم بمصروفات الدعوى على المدين المقصر والى الحكم عليه ايضا بالتعويض [2] •

---

(١) الوسيط حـ ٢ فقره ٣٦٦ • هذا وقد كان القضاء يجرى على ان اعلان المدين اصراره على عدم التنفيذ كاف للاعفاء من الاعذار دون اشتراط الكتابة (نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٤٧ مجموعه عمر حـ ٥ ص ٤٥٥ رقم ٢٠٠) ومن جهة اخرى نجد القانون اللبنانى قد نص فى المادة ٢٥٨ على انه لا محل للاعذار اذا كان الالتزام ذا اجل حال موضوع ولو بصفه جزئية لمصلحة المدين (ولا مقابل لهذا النص فى القانون المصرى) ويترتب على ذلك ان مجرد حلول الاجل يعتبر بمثابة اعذار اذا وضع هل الاجل لصالح المدين ولو بصفه جزئية اى ولو كان فى صالح الدائن ايضا • ومن امثلة ذلك عقد العاريه • فالاجل فيه موضوع لصالح المستعير • اى انه يستفيد من استعمال العاريه بدون مقابل فلا حاجة للاعذار لطلب ردها عند حلول الاجل (انظر فى ذلك جورج سيوفى (النظرية العامه للموجبات والعقود الجزء الثانى فقره ٤٨٩ ص / ١٠٩ خليل جريج النظرية العامه للموجبات الجزء الرابع ص / ١٩) •

(٢) انظر فى نفس المعنى السنهورى حـ ١ الوسيط فقره ٤٠٩ ص / ٨٢١ • الشرقاوى مصادر الالتزام المرجع السابق ص ٣٨٧ • ـ البدراوى مصادر الالتزام فقره ٤٠١ ص ٥٤٢ • ـ واذا اعذر البائع المشترى وحدد له فى الاعذار مده لدفع الثمن • فان هذه المده لا تسلب الاعذار اثره القانونى واستئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨ • والاعذار واجب حتى ولو جعل البيع موقوفا على شرط دفع الثمن • استئناف مختلط ١٣ ابريل ١٩٢٣ م ٤٤ ص ٢٧٠ •

غير انه يجوز الاستغناء عن الاعذار بالاتفاق او في الحاله التي يصرح فيها المدين كتابة بانه لا يريد القيام بالتنفيذ . كما يجوز الاستغناء عن الاعذار في الحالة التي يستحيل فيها تنفيذ المدين لتزامه بفعله هو .

وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصريه [1] بانه وان كان يتعين لكي تقضي المحكمه بفسخ عقد البيع تحقيقا للشرط الفاسخ الضمني ان ينبه البائع على المشتري بالوفاء تنبيها رسميا الا ان محل ذلك الا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه . فاذا كان المشتري قد عرض ثمنا اقل مما هو ملزم بالسداد وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى فلا تكون هناك حاجة لكي يصح الحكم بالفسخ الى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق .

(1) نقض مدني ١٣ مايو ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ٨٦ ص ٦٣١ . وفي نفس المعنى ايضا نقض مدني ٢١ فبراير ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ ولا يفوتنا ان نشير الى نص خاص ورد في عقد البيع لا يرى ضرورة الاعذار في حالة بيع العروض وغيرها من المنقولات النص رقم ٤٦١ سبق الى تكلمنا عنه في عقد البيع .

** المبحث الثانـــي **

يجب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بتنفيـذ التزامه والا يكون قد نزل عن حقه في الفســخ [1]

١٤٤ ـ في البداية لابد من القول بان الدائن لكي يستطيع ان يطالب بفســخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه • يجب ان يكون قد نفذ التزامه او ان يكون مستعدا للقيام بذلك التنفيذ، وقادرا في نفس الوقت على اعادة الحال الى ما كـــان عليه قبل التعاقد • فاذا لم يكن الامر كذلك فانه من المستحيل اجابة الدائـــن الى طلبه[2] غير انه لا يعني ان اى امتناع من جانب الدائن عن القيام بالتنفيذ من جانبه لا يجعل له الحق في المطالبه بالفسخ فقد يكون لامتناعه اسباب مشروعـــــه، منها مثلا ان يحدث الامتناع بقصد حماية نفسه من تقصير مدينه عن طريق الدفـــع بعدم التنفيذ ـ تمهيدا للمطالبه بعد ذلك بوضع حد للعقد، الى جانب ذلـــك قد يحدث ان يتفق الطرفان على ان يقوم المدين بالتنفيذ اولا قبل الدائن وبالتالـــى يمتنع الدائن عن التنفيذ حتى يقوم المدين بالتنفيذ • فيكون حق الدائن فـــى الامتناع عن تنفيذ التزامه حقا له بمقتضى العقــد •

لكن لو اردنا ان نقارن بين تقصير كل من الطرفين الدائن والمديـــــن فهل يستطيع الدائن اذا كان يعد مقصرا في عدم تنفيذ التزامه ان يطالب بفســـخ العقد نتيجة تقصير المديـــن •••

في اعتقادنا لا بد لكي يطالب الدائن بفسخ العقـد بالرغم من تقصيره ان يكون المدين في حالة تقصير خطير وكاف للاستجابه الى طلبه، وللوصول الى ذلـــك لابد ان يؤخذ بعين الاعتبار الاهمية الخاصه للالتزامات غير المنفذه • مثـــلا اذا تقدم الدائن المقصر امام القضاء للمطالبه بالفسخ فانه لا يستطيع ان يحصـــل عليه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الاكثر خطوره • كالمؤجر الذى لم يقـــم

---

(١) انظر في نفس المعنى ديمستر يسكو الرساله السابقه ص ١٧٢ نشته الرسالـــه السابقه ص ١٥١ • ١٥٤ لبلتيه الرساله السابقه ص/ ٢٢٠ •

(٢) ذلك لان الاستجابه الى طلب الدائن سيؤدى الى قلب الامور راسا علـــى عقب فامتناع الدائن عن القيام بتنفيذ التزامه يعتبر مسلكا غير مقبول مـــن شانه ان يؤدى الى الاخلال بالتوازن التعاقدى ويؤدى كذلك الى تمسك المدين بعدم تنفيذ الدائن لالتزامه ولذلك فان الامر يكون طبيعيا حينما لا ـ يقضى بالفسخ لصالح احد الاطراف اذا لم يقم بتنفيذ التزامه وقد قضى فـــى هذا الصدد بانه اذا كان البائع هو المتسبب في استحالة بتسلم الشئ المبيـــع =

بتامين الانتفاع الكامل بالاماكن الموءجره لصالح المستاجر يجوز له ان يطلب فسخ العقد ٥ اذا لم يقم هذا الاخير بدفع الاجره لعدة سنين ٠

والى جانب ما تقدم لابد للدائن طالب الفسخ الا يكون قد نزل عن حقه في الفسخ وهذا شرط اساسي لابد من وجوده حتى يتسنى للدائن ان يحصل على حكم بالفسخ ان كل شخص يستطيع كقاعدة عامه ان يستعمل حقوقه كيفما يشاء ٥ وفي اى وقت يشاء فيستطيع الدائن ان ينزل عن حقه الخاص والمقرر له بمقتضى القانون في المطالبه او التمسك بالفسخ ٥ وذلك بمقتضى اتفاق في العقد بينه وبين المدين ٥ وكقاعده عامه يجوز لكل صاحب حق ان يستعمل هذا الحق اولا يستعمله ٥ فله ان يتصرف فيه على الوجه الذي يروق له قانونا بالهبه او بالبيع مثلا، غير انه

في الحاله التي كان عليها قبل التعاقد فانه لا يستطيع أن يستفيد من عدم دفع المشتري للثمن لكي يطالب فسخ العقد (نقض فرنسي ٢١ مارس ١٩١٢ والدوز ١٩١٢ - ٢ - ٢٧٢ ٥ - وقضى ايضا بانه اذا لم يقم الموءجر يمكن المستاجر من الانتفاع بالاماكن الموءجره فانه لا يستطيع ان يتمسك بعدم دفع الاجره من قبل المستاجر لكي يطالب بالفسخ (نقض فرنسي ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ والدوز الاسبوعي ١٩٢٢ ص ٢٠٢ ٥ وقضى ايضا بانه اذا تمت اجراءات البيع القانونية للشيء المبيع وهو عقار ٥ فان البائع لا يستطيع ان يطالب بفسخ عقد البيع اذا لم يقم المشتري بدفع الثمن لانه رضى بتاجير العقار نقض فرنسي ١٢ جوان ١٩٢٩ ٥ والدوز الاسبوعي ١٩٢٩ ص / ٤٤٥) وفي هذا المعنى ايضا يقول الاستاذ د / جميل الشرقاوي بان الدائن اذا كان مقصرا في تنفيذ التزاماته ٥ فليس من حقه ان يطلب بمجازاة المتعاقد الاخر على تقصير مماثل لتقصيره ٥ (مصادر الالتزام ص / ٣٨١) ويقول الاستاذ / حشمت ابو ستيت بانه اذا كان طالب الفسخ مقصرا ٥ فلا يجوز له ان يطلب توقيع جزاء هو اجدى بان يوقع عليه (مصادر الالتزام فقره ٢٧٨ ص/ ٢٤٢)

(1) ويقول الاستاذ لوران بصدد حق النزول

" La faculté de renoncer est de droit commun, elle appartient à toute personne coppuble de disposer de ses bienes.

وترجمته بان حق النزول من القواعد العامه فهو يثبت لكل شخص توافرت فيه اهلية التصرف في امواله (جـ ٧ فقره/ ٧٢ ٥

وراجع في اثر النزول على حق الفسخ ٥ ديمتريسكو الرساله السابقه ص / ١٧٢ بيشنة الرساله السابقه ص / ١٥١ ٥ ١٥٤ لهليتية الرساله السابقة ص / ٢٢٠ كاسان تاملات في الفسخ القضائي المجله الفصليه ١٩٤٥ فقره ١١ ص / ١٧٦ حسن على الذنون الرساله السابقه ص / ١٩٥ ٠

يشترط لكي يستعمل حق النزول ان لا يتقرر لمصلحة صاحبة . فاذا كان متعلقا بالنظام العام او كان الحق ذا طابع عام . فانه يمكن القول بانه لا يجوز النزول عنه، ودعوى الفسخ ليست ذات طابع عام . ذلك لانها قد تقررت لمصلحة الدائن وبالتالي له الحق في النزول عنها والاكتفاء بدعوى التنفيذ [1] .

١٤٥ - مما تقدم يتبين ان النزول عن استعمال الحق في الفسخ جائز اذا وقع الرضا به رضاء صحيحا Valablement consentie وان غياب ذلك النزول من طرف الدائن بالنسبه لدعوى الفسخ يمثل شرطا اساسيا لقبولها .

غير انه كيف يستطيع الدائن ان يعلن رغبته في النزول عن حقه في المطالبه بالفسخ الذي منحته اياه الماده ١٥٧ من القانون المدني ...... ؟؟
في اعتقادنا ان مثل هذا الامر ليس صعبا . اذ يستطيع الدائن ان يعلن رغبته تلك صراحة في نفس العقد او في تصرف لا حق او شفاها verbalement الا انه في الحاله الاخيره يتقيد الاثبات بالنصاب الذي تجوز فيه الشهادة [2] .
ويستطيع ان ينزل عن حقه بطريقة ضمنيه tacite وفي هذه الحاله يصعب الامر اذ ليس سهلا ان يستخلص من مسلك الدائن او تصرفاته بانه نزول لذلك لا بد من الاسترشاد في هذا الصدد بالقواعد العامه في التعبير عن الاراده .
والمعروف ان النزول لا يفترض ولا يعتبر السكوت نزولا . ثم ان النزول لا يتوسع في تفسيره لذلك يجب على القاضي ان يدقق في الحاله المعروضه امامه لكي يستخلص ذلك النزول الضمني اذ لا يمكن القول بان تصرفا ما يكون نزولا [3] الا اذا تبين له استحالة احتوائه على معنى اخر [4] اي بتعبير اخر يجب على القاضي ان يكون متشددا في استنتاج النزول الضمني بحيث يجب ان لا يكون في الواقعه التي يراد استنتاج النزول منها اي شك في حصوله، وان يكون من المؤكد ان يفيد من صورة تلك الواقعه تاخذ هذا المعنى الذي يراد اعطاؤه لها . فاذا لم ينفذ احد المتعاقدين التزامه فرفع المتعاقد الاخر دعوى بالتنفيذ فلا يجوز اعتبار

---

(١) انظر في نفس المعنى لبليته الرساله السابقه ص/ ٢٢٠ فقره ٩٦ .
(٢) لبليته الرساله السابقه ص/ ٢٢١ .
(٣) محكمه جرونوبل ٨ مايو ١٨٨٢ والوز ٨٢ - ٢ - ٩٤ . محكمة النقض الفرنسيه ١ يناير ١٨٧٢ والوز ٢٨ - ٢ - ١٤٣ مشار اليه في رسالة لبليته ص/ ٢٢٢ .
(٤) انظر في هذا المعنى لاروبيير ج ٣ الماده ١١٤٢ فقره ١٩ / ١٠٠ لوران ج ١٧

اختياره دعوى التنفيذ نزولا منه عن دعوى الفسخ • او اذا اشترك شخص في تصرف قانوني او موافق عليه بعد حصوله • التزم بعدم الاخلال بالاثار التي انتجها ذلك التصرف اذ يعتبر اشتراكه او موافقته على هذا التصرف نزولا منه عن التمسك بكل الحقوق التي يمكن ان تغير المركز الناشئ من التصرف (1) •

اذا كان للدائن كما سلفنا حق الخيار بين الفسخ والتنفيذ طبقا للمادة ١٥٧ فهل اذا استعمل احد الحقين يعتبر نازلا عن حقه الاخر ••••••• اي له الحق في المطالبه بالفسخ والحق في المطالبه بالتنفيذ ؟ يمكن الاجابه على ذلك بانه اذا كان لشخص ما دعويان بمقتضى القانون • ثم قام باستعمال احداهما بان ذلك لا يعني انه قد نزل عن استعمال دعواه الاخرى الا اذا نص القانون على خلاف ذلك والثابت ان القانون لم يتضمن شيئا من هذا القبيل وبالتالي اذا اخفق الدائن في الحصول على ما يريده من دعوى التنفيذ فان له الحق ان يتقدم امام القضاء رافعا دعوى المطالبه بالفسخ (2) لكن متى يتم النزول عن حق المطالبه بالفسخ ••••••• ؟؟

ويتم النزول عن حق المطالبه بالفسخ اما قبل تحقق عدم التنفيذ واما بعد تحققه •

— ٦٠٤ • — بلانيول وريبير وهامل جـ ١٠ فقره ١٧٢ وفي نفس المعنى ايضا نقض فرنسي ٢٤ مارس ١٩٢١ مجلة الاسبوع القانوني ١٩٢١ ص ٧٨٤

(1) يقول دي باج في صحة الاتفاق على النزول بان نص الماده ١١٨٤ مدني من النصوص المكمله لارادي المتعاقدين • وليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على عكسه • او الحد من نطاقها او الاستغناء عنه بعد تحقق سببه • وان الاتفاق على عدم الفسخ جائز ولو كان ذلك قاصرا على احد المتعاقدين "جـ ٢ ص ٧٩٢ فقره ٨٨٢ •" وانظر نفس المعنى ايضا لبليته الرساله السابقه ص ٢٣٢ • ٢٣٥ •

(2) انظر في هذا المعنى السنهوري جـ ١ الوسيط ص ٧٩٧ • — حشمت ابو ستيت الالتزامات فقره ٢٨٠ ص ٢٤٢ وهامش رقم/ ١ • انور سلطان المصادر فقره ٢٨١ ص ٢٠٤ بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقره ٩٦ بودري لاكنتري وبارد جـ ٢ فقره ٩١٢ • — لا رومبيير جـ ٣ الماده ١١٨٤ فقره ٦٦ • لوران جـ ١٧ فقره ٨٢٩ ديمولومب جـ ٢٥ فقره ٥٢٦ وما بعدها وكذلك لا يمنع ان يقوم الدائن اذا ما استعمل دعوى الفسخ ان يتجه الى المطالبه بالتنفيذ • السنهوري جـ ١ ص ٧٩٧ ديمولومب جـ ٢٥ فقره ٥٢١ •

١٤٦ ـ اولا : ـ النزول عن الحق فى الفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ : ـ

اى قبل إمكـان استعماله ـ ذهب جانب من الفقة الى القول بان النزول فى هـذا النوع غير مقبول،واستندوا فى ذلك الى حجج منها ..

(ا) ان الاتفاق على النزول يترتب علية تخلف احد الاركان اللازمـه لوجود العقد وهو السبب . وصفه خاصه اذا كان واضـع هذا الشرط معسرا . ذلك لان المدين بمقتضى هـذا الاتفاق يجوز له ان يحتفظ بالاداء الذى قومه الدائن دون ان يستطيع هذا الاخير رفع دعوى الفسخ عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه . حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعا الى خطـا هذا المديـن .

(ب) ان اساس الفسخ ليس شرطا فاسخا ضمنيا وانما هو حق القاضى فى الرقابه على تنفيذ العقد . يمنحه اياه القانون وبالتالى لا يجوز للطرفين الاتفاق على سلبـه منـه .

(حـ) وقالو كذلك بان النزول سلفا عن الحق فى طلب الفسخ مخالـف للنتيجة الطبيعية الخاصه بالجزاء الذى يتضمنه الفسـخ ومخالف فى نفس الوقت لحسن النية التعاقدى ولمقتضى الاخـلاق والنظام العام .

(د) وقالو ايضا ان الاتفاق على النزول يخالف مستلزمات العقـد التبادلى [1] وللرد على ما ذهب اليه انصار هذا الراى نقـول بانه على الرغم من وجاهة هذا الراى فانه من غير المعقول ان ـ يترتب على النزول عن الحق فى الفسخ تخلف سبب الالتزام،ذلـك لان النزول يتعلق بالفسخ دون ان ينزل الدائن عن حقـه فى المطالبه بالتنفيذ والمعلوم أن سبب التزام المتعاقد فـى عقد تبادلى هو تنفيذ المتعاقد لالتزامه وفقا لنظرية السبـب

(١) بلانيول وريبير واسمـان حـ ٦ فقره ٤٢٠ . ـ كاسان مقالـه فى المجلـة الفصليه ص ١٧٧ . اسمان فى مقالته بالمجلة الفصلية سنة ١٩٢٦ ص ٣٢٥ بعنوان شروط الاعفاء من المسئوليه .

وحتى اذا كان المدين معسرا فان الغرض ان الاعسار سابق على عدم التنفيذ ، وبالتالي لايكون للفسخ في هذه الحالة اي مكان لانقاذ الدائن من ضياع الاداء الذي قدمه اذ سيترتب علية أن يدخل الدائن مغيره من الدائنين في اقتسام اموال المدين المعسر (١) .

اما عن الحجة الثانيه التي تقول بان الفسخ هو حق القاضي في رقابة تنفيذ العقد ، يمكن الرد عليها بان النزول سلفا عن الفسخ لا يسلب القاضي حق الرقابه على تنفيذ العقد ذلك لان المتعاقد الذى نزل عن الحق في الفسخ يستطيع أن يلجا الى القاضي للمطالبه بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا واجبار المدين على ذلك ، عندئذ يستطيع القاضي ان يراقب المدين في التنفيذ .

رقابه جيده وفعاله لان الدائن لم يعد له بسبب النزول عن الحق في طلب الفسخ الا المطالبه بالتنفيذ اما عن الحجة الثالثة والتى تتعلق في ان النزول سلفا عن طلب الفسخ يعتبر مخالفا للنتيجة الطبيعية الخاصه بالجزاء ، فانه يمكن القول بان طابع الجزاء في الفسخ ليس كثيره من الجزاءات اذ يحتوى على مفهوم خاص به جعله يتفق وحالة العقد الملزم للجانبين ، ومن ثم لا ينصرف اليه المعنى العام للجزاء كما اشرنا سابقا عندما تحدثنا عن طبيعة الفسخ اذا اصبح الطابع الغالب في الفسخ هو اصلاح الضرر لذلك فان المقصود من الفسخ هو حماية الدائن وحده الذى له الحق في ان ينزل عن هذه الحماية ، ويكتفي بدعوى التنفيذ (٢) .

اما عن الحجة الرابعه ، فيمكن القول بان النزول عن الفسخ ليس فيه مخالفة لجوهر العقد التبادلي ما دام ان الذى نزل عن الحق في الفسخ لا يزال يملك الحق في طلب التنفيذ .

---

(١) عبد الحي حجازي مقالته السالفة الذكر ص ٤٦ ، وهو يشير الى موسكو ص ٢٦٢

١٤٧ — ثانيا النزول عن الحق في الفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ : —

لا مراء من صحة الاتفاق على النزول عن الحق في الفسخ تطبيقا للقاعده العامه التي تتكلم عن جواز النزول عن حقوق الطعن متى اصبح استعمالها ممكنا بسبب اثبتا بها بصفه نهائيه [1] .

وقد سبق ان اوضحنا ان النزول لا يفترض ولا يجوز استنتاجه الا من افعال لا يشك منها بانه قصد النزول [2] او افعال تستلزم النزول حتما وبناء على ذلك فالسكوت لا يعتبر نزولا كما اسلفنا ولو كان موقتا . ولا يعتبر تسامح الموجر مع المستأجر الذى تاخر في دفع الاجره نزولا [3] .

لكن هل يعتبر قبول بعض الاداء نزولا عن حق المطالبه بالفسخ ....

يمكن الاجابه على ذلك بانه في كل الاحوال لا يمكن اعتبار مثل هذا الامر نزولا عن حق المطالبه بالفسخ من ذلك مثلا اذا كان هذا القبول ناتجا من عقد من العقود الفورية . فالدائن القابل قد تكون لديه اسباب خاصة تحمله على قبول الاداء الذى يعرض عليه بعد رفع الدعوى فاذا رفض قبول هذا الاداء من المدين . فان هذا الرفض قد يعتبر تقصيرا منه في تلقى الوفاء مع ما يرتبه ذلك من نتائج غير مفيده بالنسبه اليه . ومن جهة ثانية للقاضى كما هو معلوم سلطة تقديريه واسعه فقد يرى اثناء نظرة للنزاع عدم اجابة الدائن الى طلبه في فسخ العقد . وبالتالى لا يتعارض مثل هذا الامر مع بقاء رغبة الدائن في المطالبه بالفسخ بالرغم من قبول بعض الاداء .

---

(١) ومن تطبيقات هذه القاعده نص الماده ١٣٩ / ١ التى تقول بنزول حق ابطال العقد بالاجازه الصريحة او الضمنية وفي غير حقوق الطعن توجد حقوق لا يجوز النزول عنها ما دام لم يحصل اكتسابها بصفه نهائية ومثالها الحق في التمسك بالتقادم اذ لا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها (م ١/٣٦٥) ذلك الحق في التمسك بالتقادم اذ لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه (م ٣٨٨/ ولهذا يمكن القول بانه يوجد في القانون المدني المصرى قاعده عامه مؤداها ان الحقوق التى لا يجوز بمقتضى اسباب خاصة النزول عنها ما دامت في مرحلة الامل او الحق الناقص . يجوز النزول عنها متى تم اكتسابها نهائيا وصارت بذلك ممكنة الاستعمال على وجه كامل .

(٢) انظر في هذا المعنى موى الرساله السابقه من فكرة التقابل بين الالتزامات ص ٢٨٨ ، طلبيه الرساله السابقه في الفسخ القضائى ص/ ٢٢١ .

(٣) انظر في هذا المعنى عبد الحى حجازى المقال السابق فقره ٢٣٥ السنه الاولى

ونفس الامر ينطبق على العقد الزمني او عقد المده ، اذ لا يعتبر قبول الدائن للادااءات المستحقه نزولا عن المطالبه بالفسخ ، لان الفسخ في هذه العقود لاينصب على الاداءات التي نفذت - اى ليس له اثر رجعي ، ومن ثم لا يعتبر قبول الدائن لتلك الاداءات نزولا عن حق المطالبه بالفسخ لعدم تعارض هذا القبول مع ارادة فسخ العقد (١)

(١) في نفس المعنى عبدالحى حجازى المقال السابق السنه الاولى فقره ٣٣ وهو يشير الى حكم استئناف بولونيا في ١٥ فبراير ١٩٤٠ في الهامش .

* * المبحث الثالث * *

وجوب أن يكون عدم التنفيذ منسوبا الى تقصير المدين

١٤٨ ـ يستفاد من نص المادة ١٥٧ السالفة الذكر أن جواز الحكم بالفسخ لا يقع الا اذا كان هناك اخلال من جانب أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ، وهذا يعني أن يكون هذا المتعاقد هو المتسبب في اعطاء المتعاقد الاخر "الدائن" الحق في المطالبة بالفسخ ، ومن ثم يخرج عن ذلك ما اذا كان عدم التنفيذ منسوبا الى سبب أجنبي مثل القوه القاهره أو خطأ الدائن أو الغير فعدم التنفيذ الناتج عن قوة قاهرة من شأنه أن يجعل المدين من حيث المبدأ معفى من التزاماته ، اما من حيث نية الاطراف ، فقد تحتم طبيعة العقد الملزم للجانبين وما تحتويه من ترابط بين التزاماته المتقابله أن يبقى الدائن على استعداد للقيام بتنفيذ التزامه وهذا دون الاخلال بما قصد اليه الاطراف بوجوب أن يتحلل الدائن بصورة تلقائيه من التزامه في الحالة التي يتبين فيها أن المدين قد استحال عليه القيام بما عليه من التزامات .

غير أن طبيعة الامور واتفاقها مع الطبيعة الخاصة للعقو الملزم للجانبين توضح لنا من جهة ثانية بأنه اذا تبين أن المدين غير قادر على الوفاء بالتزاماته لاسباب خارجه عن ارادته "قوه قاهره" ، حادث فجائي " فان للطرف الاخر أن يتحلل من القيام بتنفيذ التزاماته المعروضه عليه بمقتضى العقد وتلك مسأله معروفه وهي استحالة تنفيذ الالتزام بقوة القانون ، التي أشار اليها القانون المدني في المادة ١٥٩ ، والتي تقضي بأنه في العقود الملزمه للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضى معه الالتزامات المتقابله وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

فالنتائج التي تترتب على عدم التنفيذ تختلف باختلاف أسباب وأنواع عدم التنفيذ لكل سبب ولكل نوع اثره الخاص .

لذلك سنقسم الكلام في عدم التنفيذ ومداه الى مطلبين الاول هو ضرورة أن ينسب عدم التنفيذ الى تقصير المدين . والثاني . حول معايير عدم التنفيذ ومدى سلطة القاضي التقديرية فيها ، ثم موقف المشرع المصري من تلك المعايير .

** المطلب الاول **

عدم التنفيذ المنسوب الى تقصير المدين

١٤٩ - في البدايه نود أن نلقي نظره سريعة على موقف كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم لنرى كيف كان أثر عدم التنفيذ الناتج من خطأ المدين أو من السبب الاجنبي وكيف هو الآن في القانون الحديث •

في القانون الروماني نجد ثمة تميزا واضحا بين الفسخ الناتج من خطأ صادر من المدين والفسخ الناتج عن القوه القاهره • فهو يقد الفسخ فقط في حالة عدم التنفيذ الناتج من خطأ ارتكبه المدين• فالرومان كانوا لا يعتدون بالشرط المسمى lex commissoria الا في حالة عدم دفع الثمن في الميعاد نتيجة خطأ المدين اما الاستحالة الناتجه من القوه القاهره أو الحادث الفجائي فكانت تؤدي الى اعفاء الطرفين تلقائيا من التزاماتهما غير أن تبعة الهلاك كانت تقع في الغالب على الدائن • وفي عقد البيع كانت التبعة تقع على المشتري[١] غير أن بعض الفقه يضع تبعة الاستحالة على المدين • والبعض الآخر يضعها على المشتري[٢].

١٥٠ - وفي القانون الفرنسي القديم كانت نفس التفرقه موجوده أيضا • فالفسخ لم يكن ممكنا الا اذا كانت استحالة التنفيذ بسبب من المدين[٣]• ونعتقد أن نفس الامر كان معمولا به في القانون الكنسي • فكما نعلم أن هذا القانون يعطي للفسخ طابعا جزائيا •فالفسخ الذي يحكم به على المدين كان بمثابة عقاب يوقع عليه اذا كان مقصرا في تنفيذ التزاماته • ولذلك ليس ثمة من داعي لكي يقضي بنفس الجزاء على المدين في الحالة التي لا يكون فيها مسؤولا عن

---

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول في تعليق له بد اللوز ١٨٩١، ١١-٩١-١-٣٢٩، ونعتقد أن نفس الحكم كان معمولا به أيضا في العقود غير المسماه وعلى الخصوص في عهد جوستنان وانظر نفس المعنى كونستانيكو الرسالة السابقة ص١٠٧ •

(٢) مونية الموجز في القانون الروماني الطبعة الخامسه ١٩٥٤ فقرة ١١٦ وما بعدها ، وفقرة ١٦٨ وما بعدها وجيرار- الوجيز في القانون الروماني ص ٥٠٠ ، - يقول مونيه في فقرة ١١٦ ، ص٢٢٧ "Les debiteures de corps certains sont souvent libére, de leur obligation de les liverer ou d'en transterer la proprieté, lorsque l'impossibileté d'exécution est due à un cas fortuit ou de force majeur.

(٣) انظر في ذلك بوتيه في الالتزامات فقره ٦٧٢ •

عدم التنفيذ ، اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى قوه قاهره أو حادث فجائى ، وهذا ماذهب اليه الفقهاء القدامى أمثال دوما . وفى القانون الفرنسى الحالى نجد جمهور الفقه هناك على خلاف مع القضاء فى هذا الشأن اذ يرى الفقه بأنه لابد من التمييز بين حالات عدم التنفيذ المنسوبه الى المدين ، حيث يرد عليها الفسخ ، وبين الحالات الاخرى المنسوبه الى السبب الاجنبى وان كان الاتفاق بينهما ينحصر فى أن الاستحاله لا تؤدى فقط الى سقوط التزام المدين ولكن ايضا الى اعفاء الطرف الآخر من التزامه المقابل . غير أن تبعة الهلاك تقع بصفه عامه فى هذا القانون على المدين . الا فى العقود الملزمه للجانبين والناقله للملكيه فان تبعة الهلاك بعد العقد يكون على المشترى ولو هلك قبل تمام التسليم ولا تنتقل تبعة الهلاك الى البائع الا اذا أعذره المشترى بتسليم الشىء وتأخر فى تسليمه

واذا كان لنا أن نوافق على أن عدم التنفيذ المنسوب الى السبب الاجنبى من شأنه أن يسمح بتطبيق نص الماده ١١٨٤ ، فاننا سنصطدم فى ذلك بظاهرة عملية وهى أن الفسخ سيكون بقوة القانون فى حين ماتضمنته الماده السالفة الذكر هو فسخ قضائى . ومن هذا المنطلق بدأ القضاء الفرنسى وكأنه مهتم بايجاد قاعده شرعيه أو بالبحث عن نص عام يرى فيه الوسيله الفعاله كى ينطبق بصورة عادله على كل الحلول الجزئيه " وهذا بالرغم من وجود بعض النصوص الخاصه التى تتكلم بصراحه عن الحكم بالفسخ فى حالة القوه القاهره مثل الماده ١٧٢٢ (١) ـ فوجه فى الماده ١١٨٤ غايته (٢) وذهب الى القول بأنه لا يوجد ثمة تميز

---

(١) الماده ١٧٢٢ "Si pendant la durée du bail, la chose louée est detruite en totalite par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit, si elle n'est detruite qu'en partie, le preneur peut suivant les circonstances demender ou une diminution de prix, ou la résiliation meme du bail. Dans l'un et l'autre cas il n'y a lieu a aucun dédommagement."

(٢) فى هذا الصدد يقول ليليته :

" La jurisprudence soucieuse d'assurer une base légale à ces d'ecisions n'pas hésité à appliquer l'article 1184 a l'enéxecution due a un cas fortuit ou de force majeure "

انظر رسالته سالفة الذكر ص ١٨٧ :

فى هذه المادة فى حالات القوة القاهرة أو غيرها وبالتالى ليس هناك من داع للاخذ بالاسلوب المقيد والمؤسس فقط على حالة عدم التنفيذ المنسوبة للمدين ، بل يجب أن يمتد الامر الى التنفيذ الذى أصبح مستحيلا بغض النظر عن خطأ المدين(٣). هذا وقد أيد جانب من الفقه(١) هذا التفسير الواسع للقضاء ، الا أن الجمهور(٢) لم يوافق عليه ، بحيث يرى بأنه لا بد من قصر تطبيق المادة ١١٨٤ على الحالة التى يكون فيها عدم التنفيذ منسوبا الى المدين ، واستند فى ذلك على الاعتبارات الآتيـــه :ـ

أولا : نص المادة ١١٨٤ يشير بصراحة الى أن عدم التنفيذ المنسوب الى المدين هـــو أساس حكمها وذلك عندما قالت pour le cas ou l'une des parties n'satis fait pas a ses engagents
وهذا يعنى أن عدم التنفيذ أو استحالة التنفيذ المنسوب الى القوة القاهرة ليـــس له مكان فيـه .

ثانيا : حق الخيار الذى يملكه الدائن فى المطالبة اما بالفسخ أو بالتنفيذ ، بحيث يجوز له انه بدأ فى المطالبة بالفسخ أن يعدل عن ذلك الى المطالبة بالتنفيذ .
والعكس صحيح اذ يجوز له أيضا أن يعدل الى المطالبة بالفسخ حتى لو بدأ بالمطالبة بالتنفيذ .

ثالثا : امكانية منح المدين مهلة اذا مارأى القاضى أن المدين قادرا على القيام بالتنفيـــذ الى جانب أن القاضى يملك بمقتضى ذلك النص سلطة تقديرية واسعة للحكم بالفسخ

رابعا : امكانية الحكم بالتعويض على المدين الى جانب الحكم بالفسخ سواء كان عدم التنفيذ أو عن التأخير فى التنفيذ .

الا أنه يمكن القول ردا على ذلك ، بأن تلك الاعتبارات التى استند اليهـا

---

(٣) من أحكام القضاء ـ الاحكام الرئيسية التالية:

" Req 30 avril s.79.1. 209, civ 14 avril 1891, D.91.1. 329. civ 7 novembre 1893 . s. 96.1. 67. req 19 octobre 1897. D. 97.1. 576.s. 1901. 1. 503. civ 13 mars 1907 D.1980.1.191. s.1407. 1. 321.

(١) لارومبير جـ ٣ المادة ١١٨٤ فقرة ٦ ،ـ ديمولومب جـ ٢٥ فقرة ٤٩٧ هيك جـ ٧ فقـــرة ٢٧٠ ،ـ اوبرى ورو جـ ٤ فقرة ٣٠٢ ص ١٢٧ ،هامش رقم ٨٢ ،ـ labbé فى المجلة التاريخية الجديدة ، ١٨٨٨ ص ٢٧٧ .

(٢) بودرى لاكرى وبارد جـ ٢ فقرة ١٩١٤ ،ـ بلانيول ريبر واسمان جـ ٦ فقرة ٤١٢ وفقرة ٤٢٥ بلانيول فى تعليقه السالف الذكر فى داللوز ١٨٩١ داللوز ١٨٩١ ـ ١ ـ ٢٢٩ جوسران جـ ٢ فقرة ٢٨٠ ، ـ كولان وكابيتان جـ ٢ فقرة ١٥٢ .

للجمهور لاتحمل دائما فى طياتها اهمية كبيرة • فالماده ١١٨٤ تفترض أن التنفيذ من الممكن القيام به اذا ماقضى بمهلة اضافيه للمدين وهذا صحيح ولكن ليس بقاطع فى أن التنفيذ سيكون ممكنا فى كل الاحوال • كذلك اذا كانت الماده ١١٨٤ تنطبق على الحاله التى يعلن فيها المدين من جانب واحد بأنه لن ينفذ التزامه • فان معنى ذلك ان الالتزام قد اصبح مستحيلا ومن ثم فان موقف الدائن بعد ذلك لا يمكن أن يستند على حق الخيار الذى منحته اياه الماده ١١٨٤ أو على منح المدين مهله أخرى من قبل القاضى للتنفيذ ـ لان التنفيذ فى هذه الحاله فى حكم المستحيل ، أما التعويض فان كان ممكنا الا أنه ليس ضروريا [١] ١٤٧ ونجد أن من أكثر المعارضين لفكرة امتداد حكم الماده ١١٨٤ على حالات القوه القاهره الاستاذ بلانيول [٢]. حيث يقول بأنه عندما يترتب على حدوث القوه القاهره استحالة التزام المدين فان الالتزام المقابل الذى على الطرف الآخر سيكون بلا سبب ، اما اذا تطلب الامر تدخلا من قبل القضاء فى الحالة التى ينشأ فيها اختلاف بين الاطراف، فان دور هذا القضاء سيقتصر على تقرير وجود الفسخ ، فالقوة القاهره لا يمكن أن تجعل القاضى يمنح المدين مهلة للتنفيذ ولا أن يرفض الفسخ لاي سبب كان • لكن فيما يتعلق بالحالة التى يكون فيها عدم التنفيذ كليا ومنسوبا الى المدين ، يكون الالتزام غير المنفذ مازال موجودا ، لان دعوى التنفيذ ممكنه ، وأن المدين مازال ملتزما من ذلك يتضح لنا أن ماذهب اليه بلانيول فى الافتراض الاول يعتبر تطبيقا من تطبيقات نظريه السبب أما الثانى فأمره يتعلق بفسخ قضائى [٣] •

١٥١ـ ونعتقد بدون الدخول فى التفاصيل ، أن الحلول التى ذهب اليها القضاء الفرنسى فيما يتعلق باستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهره ليست الا امتدادا للحلول التى أوردتها الماده ١٧٢٢ السالفة الذكر من القانون الفرنسى ، التى تنظم الاثر الذى يترتب على هلاك العين

(١) فى نفس المعنى لبليته اذ يقول ، بأننا نعتقد أنه لا يوجد فى نص الماده ١١٨٤ أى عقبة أو مانع حقيقى يمنع من أن تنطبق على حالات القوه القاهره • اذ لا توجد هناك أى وسيله أخرى لفسخ العقد الملزم للجانبين فى الحالة التى لا يستطاع فيها تنفيذ أحد الالتزامات بسبب القوة القاهره وبالتالى لابد من التأكيد بأنه هذا النص لا يستبعد على الاطلاق هذا التفسير •

Il faut bieu recnnaître que ce texte n'exlut pas cette interprétation.

انظر رسالته السابقة ص ١٩٠ •

(٢) فى تعليقه السالف الذكر بدالوز ٣٢٩ـ١ـ١٨٩١ (٥)

(٣) راجع بخصوص التمييز فى أثر القوة القاهره فى جعل التنفيذ مستحيلا ، استحالة كليه

المؤجرة اما هلاكا كليا أو جزئيا فاذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كليا ونهائيا بالنسبه لاحد اطراف التعاقد فان ذلك سيؤدى لامحالة الى انقضاء التزام الطرف المقابل بقوة القانون اما اذا كانت الاستحالة جزئية، فان المحاكم تملك في ذلك سلطة تقديرية واسعة سواء بالنسبة للحكم بالفسخ الكلي أو الجزئي ، أو الاقتصار فقط على تخفيض الاجرة •

غير أننا نعتقد بالرغم مما ذهب اليه القضاء الفرنسي في عدم التمييز بين الاستحالة الناتجه من القوه القاهره أو الناتجة من خطأ المدين [(١)] • ان هذا الامر من الصعب قبوله من الناحية العملية • ففي البداية • نجد أنه اذا كان هناك تدخل من قبل القاضي في حالة عدم التنفيذ الناشئ من القوه القاهرة فان هذا التدخل يقتصر فقط على تقرير الفسخ (constater) فالقاضي الذي يقرر أو يكشف الفسخ لا يستطيع أن يعطى المدين مهلة للتنفيذ ، ولا أن يرفض الحكم بالفسخ لاى اعتبار آخر وعلى العكس عندما يكون عدم التنفيذ منسوبا للمدين فان المحاكم تملك السلطة التقديرية الكافيه لاصدار الحكم بالفسخ •

هذا وقد نتفق مع الاستاذ بلانيول فيما ذهب اليه بصدد الفسخ القضائي ، غير أننا لانتفق معه في تحليله للفسخ أو الانفساخ الناتج من القوة القاهرة عندما اقامة على نظرية السبب • لاننا نعتقد أن الطبيعة الخاصة للعقد الملزم للجانبين تفترض مثل هذا الامر كما أشارت الى ذلك صراحة الماده ١٥٩ من التقنين المدنى - بأنه في العقود الملزمه للجانبين اذا انقضى التزام لسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابله له وينفسخ العقد بقوه

---

(١) يؤيد استاذنا الدكتور جميل الشرقاوى الرأى الذى يرى بعدم التفرقه بين الاستحالة الناتجه من القوه القاهره أو من خطأ المدين ، لانه يرى كما سبق أن اسلفنا أن اساس الفسخ استحالة التنفيذ ، وطالما أن الامر كذلك فان القاضي لايملك أن يعمل سلطته التقديريه في هذا الشأن ، لانه يعتقد أن تلك السلطه لا تتفق مع وظيفته التي تقتصر في القوانين اللاتينيه على تطبيق القواعد القانونيه دون أن تتيح له أن يفرض تحكمه على المتقاضين ، لان تركه تحديد حق ما للقاضي دون وضع ضوابط محدده ، له يعتبر هدما للحق خصوصا وأن كل مايدخل في سلطة القاضي التقديريه يخرج مما تشمله رقابة محكمة النقد من أعمال •
ويرى كذلك بأنه لا يجوز أن تبرر السلطه الواسعة الممنوحه للقاضي في النطق بالفسخ بأنه يعتبر بها حارسا للعداله لان هذا القول في نظره يصح لتبرير الاستغناء عن وضع أى نص من النصوص في جميع فروع القانون - غير أننا نرى أن الامر هنا لا يتعلق فقط بتلك السلطه من حيث وجودها أو عدمها ولكنه يتعلق بأحوال عدم التنفيذ ، فقد يكون عدم التنفيذ كليا ، وقد يكون جزئيا ، وقد يكون هناك تأخير في التنفيذ ، أو سوء نية من جانب المدين كل ذلك يتطلب بالضرورة البحث عن كل الظروف الموضوعيه للوصول الى تحقيق العداله

القانون • ومن جهة أخرى نجد أن عدم التنفيذ الخاطئ • لا يعطى الحق فى المطالبه بالفسخ الا للطرف المضرور وهذا على خلاف الحاله التى يكون فيها عدم التنفيذ منسوبا الى القوه القاهره بحيث يجوز لكل طرف المطالبه بالفسخ • كذلك لا محل للمسئوليه فيما يتعلق بالقوه القاهـــره • وبالتالى لا يمكن الحكم على المدين بالتعويض نتيجة عدم التنفيذ • فى حين يجوز ذلك فى حالة ما اذا كان عدم التنفيذ منسوبا للمدين(١) •

١٥٢ — أما فى القانون المدنى المصرى فنجده • يقر ذلك التمييز بين كل من الفسخ الناتج عن خطأ المدين والانفساخ الناتج من القوه القاهره — حيث افرد لكل منها نصوصا خاصـــه • فكانت الماده ١٥٧ • ١٥٨ — المتعلقه بالفسخ القضائى والاتفاقى — وكانت الماده ١٥٩ الـتى اسلفنا الاشارة اليها — والماده ٣٧٣ من نفس القانون فى قولها ينقضى الالتزام اذا اثبـــت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه • وما هو مستفاد بصفه ضمنيه

= والانصاف بين المتخاصمين • والى جانب ذلك فقد ينصب عدم التنفيذ على التزام رئيسى أو أساسى أو على التزام تبعى كالالتزام بالتسليم أو الالتزام بالضمان أو غير ذلك • ولا ننسى بأنه لا بد من معرفة أثر عدم التنفيذ على موقف الدائن ومقدار الضرر أو الفائده التى أصابته علاوه على حقه فى الخيار الذى أجمع عليه الفقه والقضاء وأيده القانون — (انظر رسالته فى البطـلان ص ١٧٢ وما بعدها) •

(١) — انظر فى هذا المعنى كاسان روبي فى الدكتوراه ١٩٢٤ • ١٩٢٥ ص ٢٥٦ وما بعدها أما فى مقاله بالمجله الفصليه للقانون المدنى ١٩٤٥ فقرة ٧ ص ١٧٢ فيشير الى كل من الاستاذ بلانيول ومن بعده الاستاذ جوسران فى موقفهما الذى ينحصر فى أنه لا يجوز أن تطبـــق الماده ١١٨٤ على حالة القوه القاهره • لان هذا النص يقتصر فقط على حالة التنفيذ الخاطئ ويعطى للطرف المضرور فقط فى مواجهة فيكون للطرف الآخر الحق فى الخيار بين التنفيذ أو الفسخ للعلاقه التعاقديه الى جانب المطالبه بالتعويض — وتجدر الاشاره هنا الـى أن الاستاذ بلانيول فى مطوله العملى للقانون المدنى الجزء السادس ص ٥٦٢ وما بعدهـــا يقول بأن النصوص المتناثره فى القانون المدنى والتى تتحدث عن القوه القاهرة وأثـــرها سواء فى الالتزام بعمل "الماده ١٨٦٧ فقرة أولى" • والمواد ١١٢٨ • ١١٨٢ • ١٥٨٢ لم تسعف القضاء نتيجة غياب نص عام (faut d'un texte général) الى ربطها بالحالـــه الموجوده بعدم التنفيذ الناتج من خطأ المدين والتى تضمنتها الماده ١١٨٤ فى نص عام

ويقول أيضا"

"Cet appel à l'article 1184 conduit:
la jurisprudence à décider que la résolution n'a pas lieu de
plein droit doit être demandée en justice. Cette solution est
safisfaisante quand il y a inexécution partielle ou retard
dans l'exécution. le juge apprécie si le contrat doit disp-
araître entierement ou seulement pour partie ou encore subir
seulement une suspension d'execution. Au cas d'inexécution to-
[illegible] laissée à l'appréciat-

من نص الماده ٢١٥ من نفس القانون . وذلك فيما يتعلق بالانفساخ هذا ويقترب موقف القانون الالماني من القانون المدني المصري . حيث أورد نصوصا خاصة ميز فيها بين الفسخ الناتج عن خطأ من جانب المدين والفسخ الناتج عن القوه القاهره فكانت الماده ٣٢٥ التي تقول (اذا كان التزام أحد الاطراف بمقتضى العقد الملزم للجانبين قد أضحى مستحيلا بسبب ظروف هو مسئول عنها فان للطرف الآخر الحق اما في المطالبه باصلاح الاضرار الناتجه عن عدم التنفيذ أو المطالبه بفسخ العقد . وهذه الماده خاصة بالاستحالة الناتجه من خطأ المدين وكذلك كانت المادة ٢٧٥ من هذا القانون المتعلقة بالاستحاله الكليه بسبب القـــوه القاهره — وكذلك الماده ٣٢٣ من نفس القانون في نفس المعنى السابق(١) . أما اذا ترتب على القوه القاهره هلاكا جزئيا — فان الماده ٣٢٣ تقول أيضا بأن المدين يعفى من هذا الجــزء الذى أصبح مستحيلا من التزامه في المقابل يعفى الدائن من جزء خاص من التزامه يكـــون مقابلا للجزء المستحيل الذى كان على المدين ، وأن العقد لاينفسخ الا اذا تبين من نيــة المتعاقدين ان التنفيذ غير قابل للانقسام ، وبالتالي يعادل الهلاك الجزئي في نظر الدائـن الهلاك الكلي — وعلى الدائن أن يثبت ذلك(٢) وتجدر الاشارة أيضا الى أن القانون الالماني مثل القانون المصري يضع تحمل التبعة على المديـن(٤) بتسليم الشيء الذى يهلك ويتحمل الخسارة الناتجه عن هذا الهلاك .

(١) تقول المادة ٢٧٥ بأنه يعفى المدين من القيام بتنفيذ التزامه عندما يصبح هذا الالتزام مستحيلا بسبب ظروف نشأت بعد تكوين العقد وأثناء بداية التنفيذ لادخل للمدين فيها .

(٢) — أما المادة ٣٢٣ فتقول اذا كان الالتزام الذى على عاتق احد الاطراف قد أصبـــح مستحيلا على أثر ظروف لم يكن لاى طرف من اطراف التعاقد يدا فيها . فان الطرف الاخر يعفى من التزامه بسبب فقدان الاداء المقابل . وفي هذا الصدد يقول كونستانيكو: ان القانون الالماني قد تحاشى الخلاف والجدل الذى ثار بين القضاء الفرنسي وجمهور الفقه هناك واقر بأن الفسخ لايكون الا اذا كان عدم التنفيذ قد قام لسبب من المديـن ويفرع على ذلك القول بأن القانون الالماني قد ميز بصورة واضحه بين الفسخ ونظريـــة الخاطر ، وكان في ذلك متفقا مع القانون الروماني والمنـــطق ، ويقول أيضا بأن القانون الالماني قد أثبت سموه وتفوقه على القانون الفرنسي على الاقل من ناحيه الشكل انظر رسالته في الفسخ في القانون الالماني فقرة ٦٠ ص ١١٠ .

(٣) ويذهب القانون الفدرالي السويسري الى نفس الاتجاه الذى ذهب اليه القانون الالماني انظر الماده ١٠٧ منه وقارن القانون البولوني في الماده ٢٥٠ منه .

(٤) في هذا الصدد يقول كونستانيكو:

"Cela veut dire qu'en thése génerale dans les contrats synallagmatiques, c'est le débiteur qui saporte les reisques,

وانظر في مسألة تحمل التبعه محمد زكي عبد البر رسالة من القاهرة ١٩٥٠ .

** المطلب الثانـــي **

ماهية عدم التنفيذ الموجب للفسخ ودور القاضـــي
ومدى سلطتـــه التقديريـــة

١٥٣ _ بعد ان تبين لنا عند الكلام في المطلب السابق انه لكي يقضي بالفسخ لابد وان يكون عدم التنفيذ منسوبا الى المدين ننتقل الان للكلام عن ماهية عدم التنفيذ الموجب للفسخ ومدى دور القاضي وسلطته التقديرية ثم موقف المشرع المصري ومدى اخذه بتلـــك المعايـــر .

فعدم التنفيذ المنسوب الى احد اطراف التعاقد ، يختلف في مداه وفـــي خطورته ، فتارة يكون جسيما وتارة يكون بسيطا ، وكل ذلك بحسب الاحوال .

اذ قد يحدث ان يمتنع المدين عن تنفيذ كل التزامه ، او قد يكون الامتنـــاع عن بعض منه فقط ، او قد ينصب عدم التنفيذ على التزام رئيسي principale او على التزام تبعي accessoire .

او قد يكون المدين متأخرا في التنفيذ او سيء النية فما حدا كل ذلك ٠٠ ؟ وما اثره في الحكم بالفسخ ٠٠ ؟

فهل عدم التنفيذ الكلي او عدم التنفيذ الجزئي ، ام عدم تنفيذ الالتزام الرئيسي او التبعي او التأخير او سوء نية المدين تؤدي كلها الى الحكم بالفسخ ام لا ٠٠٠ ؟

ايضا ما هو دور القاضي اذا عرض عليه نزاع بشأن الفسخ هل يملك في ذلـــك سلطة تقديرية ام لا يملك واذا كان يملك تلك السلطة فما مداها وما اثرها على احوال عدم التنفيذ المختلفة .

سنتناول هذه الاحوال في ثلاثة فروع :

الفرع الاول : معايير عدم التنفيذ الموجبة للفسخ .

الفرع الثاني : دور القاضي ومدى سلطته التقديرية

الفرع الاول

((معايير عدم التنفيذ الموجبه للفسخ))

١٥٤ - ذهب الفقه الى وضع معيارين لعدم التنفيذ هما - المعيار الذاتي أو الشخصي critier subjective والمعيار الموضوعي critier obyective يكون من شأنها تمكين القاضي من أن يستخلص من احدهما أو من كليهما موقفه في تقدير عدم التنفيذ ومدى جسامته ... ونبدأ باستعراض كل منهما .

أولا : - المعيار الذاتي أو الشخصي (١) :- يقوم هذا المعيار على وجوب الاعتداد بنية الاطراف الصريحه أو الضمنيه ، وبالذات نية الدائن بالالتزام غير المنفذ للحكم بالفسخ أو رفض الحكم به مع اقتصار سلطة القاضي التقديريه على هذا المجال فقط دون غيره ومصدر هذا المعيار هو نص الماده ١١٨٤ مدني فرنسي الذي يعتبر الشرط الفاسخ ضمنا في العقود الملزمه للجانبين . ويعتبر انصار هذا المعيار أن عدم التنفيذ الجزئي يكفي لتطبيق النص السالف الذكر في كل الاحوال طالما كان من شأنه حرمان الطرف الاخر من آداء يريده برمته (٢) وفي هذا الصدد يقول كابيتان " أنه من الواجب أن يقضي بالفسخ في الحاله التي يؤدي فيها عدم التنفيذ الى اهدار الغايه التي يبتغيها الدائن من الالتزام (٣)

(١) وهو مذهب جمهور الفقه - لارومير حـ ٢ الماده ١١٨٤ فقرع ١١ ، - ديمولومب حـ ٢٥ فقره ٥٠٠ ، لوران حـ ١٧ فقره ١٢٧ ، بودري لاكنتري وبارد حـ ، فقره ١٩٢١ ، كابيتان في السبب فقره ١٥٤ .

(٢) في نفس المعنى Levillain, note sour broxelle 30 juillet 1883. D. 85. 2 . 1.

(٣) كابيتان في السبب فقره ١٥٤ "La résolution doit être prononcée dés lors que d'unéxécution anéantit le but poursuivi par le créancier de l'obligation"

ويقول من جهة اخرى فان القاضي أن "Doit s'inspirer de la nature des objective du rapport synallagmatique crée par le contrat."

ويضيف في ص ٣٣٨ بأنه ..

." Qu'il doit prendre en consideration le but poursuivi par les parties.

وهكذا تبين أن هذا المعيار يقوم بصفة أساسيه على اعتبارات نفسيه أو ذاتيه تسمح بالقول بأنه من الممكن أن يقضي بالفسخ في الحاله التي يكون فيها عدم التنفيذ جزئيا [1] للالتزام جوهري أو أساسي وأنه أيضا قد يكون من غير الممكن الحكم بالفسخ في حالة عدم تنفيذ التزام تبعي .

وقد يستفاد من نية الاطراف ، هذا بحسب ماذهب اليه أنصار هذا المعيار أن عدم تنفيذ جزئي لالتزام جوهري أو أساسي من شأنه أن يؤدي الى الفسخ في حين لا يعطي الا الحق في الحصول على تعويض في حالة عدم تنفيذ كلي لالتزام تبعي .

وأنه يجب على القاضي أن يبحث فيما اذا كان الطرفان قد قصدوا أن يعلقا بقاء العقد على تنفيذ الالتزام . أم لا . فاذا تبين له ذلك فان عدم التنفيذ يحتم عليه أن يبحث في الظروف التي أحاطت بتكوين العقود والتي يمكن أن يستمد منها مايبرره ذلك القصد من الحكم بالفسخ .

وقد استند أنصار هذا المعيار في اثبات ماذهبوا اليه الى ثلاث أسس ..

الاول :- العرف ، وينصب ذلك الى الاستاذ [2] بوتيه ، عندما قال " ان الامر يتوقف على الظروف لكي يتقرر فيما اذا كان عدم التنفيذ يجب أن يؤدي الى فسخ العقد ، وأنه سوف يؤدي الى ذلك حينما يكون ماوعدت من الاهميه بحيث ماكنت لاتعاقد لولاه .

الثاني :- فكرة العداله (L'équité) وهي أساسيه في هذا المعيار ذلك لأن الفسخ في نظرهم يعتبر جزءا قاسيا على المدين ، بحيث لا يقضي به الا اذا تطلب الامر ذلك بصورة حقيقيه ، وأنه كلما كان بالامكان الاكتفاء بالتعويض لمعالجة الخلل كان ذلك أفضل للمحافظه على العقد .

الثالث :- مستمد من الحلول التي وردت في المواد ١٦٢٦، ١٦٢٨ مدني فرنسي والمتعلقه بضمان البائع - اذ تظهر في هذا المجال الاراده الضمنيه للاطراف وذلك من أجل

(١) في هذا الصدد يقول الاستاذان بودري لاكنتري وبارد " بأن عدم التنفيذ الجزئي للالتزامات أحد الاطراف هل يكفي لكي يقوم الطرف الاخر بفسخ العقود ..؟ الاجابه على ذلك تتوقف على ارادة الاطراف " الالتزامات جـ ٢ فقره ٩١٩، ١٠ ، ص ٩٨ .

(٢) بوتيه في عقود البيع فقره ٤٧٥ "

" C'est par les circonstances qu'on dicide, si l'inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat, elle y donne lieu l'orsque ce qu'on m'a promes est tel que je n' eusse pas voulu contracter sans cela.

تأكيد القول بضرورة الاخذ بالفسخ أم لا .

والخلاصه أن هذا المعيار يرى بضرورة الاعتداد بنية الاطراف[1] وعلى الاخص ارادة الدائن ، بحيث يكفى فى نظرهم أن يكون هناك عدم تنفيذ جزئى للحكم بالفسخ كلما كان عدم التنفيذ بمثابة حائل أمام اتمام العقد[2] .

١٥٥ ـ ثانيا : المعيار الموضوعى :ـ

بالرغم من بساطة المعيار السابق (الشخصى) واتفاقه مع مقتضيات العداله الذى ـ أدى به الى الحصول على الاجماع الفقهى نجد أن هناك اتجاها آخر فى الفقه ، وعلى رأسه بيكار وبرودوم يناهض هذا المعيار .

ويعود السبب فى ذلك بصورة غير مباشره الى حركة فقهيه أخذت تهاجم سلطان الاراده الضمنيه فى النظريه العامه للالتزامات . باعتبار أن الاراده الضمنيه عنصر لايمكن ادراكه ولا استظهاره ، ويزداد الامر صعوبه كلما كان المقصود ليس استظهاره اراده ضمنيه منفرده ، بل استظهار تطابق ارادتين ضمنيتين على الفسخ . وذلك لانهم يعتبرون أن الاراده الضمنيه ليست الا وهما ، وان اسباب الفسخ تكون فى الغالب غير متوقعه وأن الصور التى يمكن أن يتشكل منها عدم التنفيذ متعدده وفى ذلك ماتبتعد بأسباب الفسخ عن نية المتعاقدين فى بعض الاحيان .

ويذهب أنصار هذا المعيار الى حد الاستنكار ، عندما يقال بأنه اذا لم يعد ثمة محل للاخذ بالاراده الضمنيه باعتبارها الاراده الحقيقيه ، فلا جناح على القاضى ان هو استبدل بها اراده مفترضه ، تقوم على اساس أن ينسب الى الاطراف اراده يقتضيها الموقف عادة على اعتبار أن ارادة الطرفين كان يمكن أن تكون كذلك .

وبناءا على ذلك اتجه الاستاذان بيكار وبرودوم[3] الى الاخذ بمعيار آخر يعتمد على محل الالتزام من حيث مقدار تنفيذه ، مفرقا بين الالتزام الجوهرى والالتزام التبعى سواء من حيث التعريف أو من حيث تأثير عدم التنفيذ على كل نوع من تلك الالتزامات وبالتالى

(١) ومن الذين قالوا بنية الاطراف بلانيول فى تعليقه السالف الذكر بداللوز (١٨٩١ ـ ١ ـ ٢٢٩) اذ يقول بأن السلطه التقديريه للمحاكم لاتثبت لهم الا على شرط يكون الاعتبار الاساسى الذى يوجه القاضى هو نية الاطراف .

(٢) انظر لبليته الرساله السابقه فى الفسخ القضائى ص ٢٠٥

قيام الفسخ أو عدم قيامه .

فالالتزامات الرئيسيه [1] هي تلك التي يكون وجودها لازما لوجود العقد أو تلك التي تعتبر وسائل أساسيه لتحقيق النتيجه النموذجيه لعقد معين . وفيما عدا ذلك من الالتزامات تكون التزامات تبعيه . ففيما يتعلق بعدم تنفيذ التزام جوهري أو أساسي يذهب هذا الجانب الى القول بأنه اذا كان عدم التنفيذ كليا فان الامر يكون سهلا اذ يجب الحكم بالفسخ . أما اذا كان عدم التنفيذ جزئيا فان الثابت من أحكام القضاء أن جانبا منها قضى بالفسخ والجانب الاخر رفض الحكم به . فالاحكام التي اخذت بالفسخ كان يمثل فيها عدم التنفيذ دورا أساسيا في ازالة التوازن بين الالتزامات الجوهريه بخلاف الاحكام الاخرى التي لم تأخذ بالفسخ لأنّ عدم التنفيذ لم يكن ليؤدي الى ازالة ذلك التوازن . ويضربون مثلا في عقد البيع . فيقولون بأن التوازن ليس موجودا بين مجموع الاشياء المبيعه وبين الثمن فقط ولكن يوجد في كل جزء من تلك الاشياء مع مايقابلها من اجزاء الثمن . ولذلك فان ازالة التوازن بين احداهما أو بعضها سيؤدي فقط الى عدم تنفيذ جزئي وبالتالي لايعني ازالة التوازن بصفة عامه .

أما فيما يتعلق بالالتزامات التبعيه فان عدم تنفيذها كما يذهب أنصار هذا المعيار لايؤدي الى الحكم بالفسخ بصفة عامه فالامر فيها مشروط بتحقق أو عدم تحقق الغايه العمليه التي يريدها الطرفان . والجدير بالذكر أن الالتزامات التبعيه تهدف الى تحقيق الغايه العمليه لركن أساسي في العقد كان يقصدها المتعاقد أو تقتضيها طبيعة التعاقد . كالالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان في عقد البيع .

ويذهب أيضا أنصار هذا المعيار الى القول . بأنه يجب على القاضي في بحثه عن أسباب الفسخ أن يأخذ في الاعتبار القواعد الموضوعيه وحدها . أي بالقواعد القانونيه التي تنظم العلاقه المعروضه على القاضي . ويفرعون على هذا القول بأن القواعد المتعلقه بالفسخ تستمد أصلها من ارادة القانون من ثم فان ارادة المتعاقدين بالنسبه لهذه القواعد ليست سوى مجرد مناسبه تؤدي الى تطبيقها في الحاله التي تذهب فيها هذه الاراده الى ابرام عقد ملزم للجانبين .

ويقولون بأنه اذا لم يكن هناك اتفاق صريح على الفسخ . فانه لايجوز الاخذ بالمعيار الشخصي الذي يقوم على أساس الاراده الضمنيه . لأنّ هذه الاراده في نظرهم غير

---

(1) ويعرف لبليته الالتزامات الجوهريه بأنها

"les obligations essentielles sont, celles que qouent l'une mis -a-vis de l' autre. le role d'equivalent juridique

موجود ، ويزيدون على ذلك بأن مصدر الفسخ القضائي يقوم على ارادة المشرع ليس غير وأن القواعد القانونيه التي تنظم الفسخ هي مثل كل القواعد التي تكمل تصرفا ما ، اذ لا يجب الرجوع في تفسير هذه القواعد الى ارادة الافراد .

وفي النهايه يتصور انصار هذا المعيار الحل الذي يجب أن يؤخذ في الاعتبار كأساس لتقدير أعمال سلطة القاضي وذلك بالكيفيه الاتيه : تصور نموذجا للعقد موضوع النزاع والنظر بعد ذلك الى مدى مايترتب على عدم التنفيذ من الخلال بالترابط الموجود بين تنفيذ الادا ات المتقابله . غير أن هذا التصور في اعتقادنا امعان في التجريد . ذلك لأنه سيؤدي الى الانحراف بالمعيار الموضوعي عن الغرض المقصود منه ، وبالتالي معارضة احكام القانون التي توجب الاعتداد بالنيه المشتركه للمتعاقدين .

والتصور الصحيح للمعيار الموضوعي في نظرنا . هو في وجوب أن ينصب نظر القاضي في تقديره لعدم التنفيذ على مضمون العقد كما نظمه المتعاقدان ، وليس فقط على المضمون النموذجي الذي نظمه القانون ، وهذا يعني أن تقدير القاضي لا يجب أن يقتصر فقط على شروط العقد كما نظمه القانون ولكن يجب أن يمتد هذا التقدير الى كل تعبير من الممكن أن يظهر من خلاله الاهداف الخاصه لكل المتعاقدين وعلى الاخص الدائن من أجل الوصول الى تنفيذ للعقد تنفيذا صحيحا ـ والى جانب ذلك يجب على القاضي أن يأخذ في الاعتبار عند التقدير مقدار الضرر الذي اصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ . وكل الظروف المعاصره واللاحقه لانعقاد العقد ، وحتى تفهم الموضوعيه بصورة مقبوله يجب ألا تستبعد الاراده في كل الاحوال . بل يجب الاعتداد بها ليس بصورتها الشخصيه وانما على اساس اظهار ما يترتب على عدم التنفيذ من اختلال التوازن في العقد .

((الفرع الثانـــــــــى))

دور القاضي ومدى سلطته التقديريــــــــه

١٥٦ ـ تنص الفقره الثانيه من الماده ١٥٧ من التقنين المدنى ((بأنه يجوز للقاضــــــى أن يمنح المدين آجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كـــــان مالم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبه الى الالتزام فى جملته)) .

من هذه الفقره نستطيع أن نتبين مدى ومقدار السلطه الممنوحه للقاضي فى الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به .

ففى الحاله التى يتقدم فيها الدائن أمام القضاء رافعا بذلك دعوى على مدينه المقصر مطالبا اياه بالحكم بالفسخ فهل يجب على القاضي حينئذ أن يجيب الدائن الى طلبه أم يجب عليـــه أن يقوم ويتقصى الاسباب والعوامل التى ادت الى عدم تنفيذ المدين لالتزامه اذ قد يكـــون عدم التنفيذ الذى يشكو منه الدائن ويطالب من اجله بالفسخ جسيما وقد يكون يسيرا أو ربمـا يكون المدين قد نفذ شيئا من التزامه أو نفذ الجزء الاكبر منه ولم يبق الا الشيء القليل . أو أن كل ماياخذه الدائن على مدينه هو مجرد تأخره فى التنفيذ فهل يجب على القاضي فى كـــل هذه الاحوال أن يقضى بالفسخ أم يجب عليه أن يقوم بتقدير كل حاله على حده فيقضــــى بالفسخ فى احداهما دون الاخرى أو يقضى بالفسخ الجزئى فى غيرها أم يقتصر على التعويض .

مما تقدم يمكننا القول بأنه يجب على القاضي أن يمعن النظر فى كل حالة على حده ، فقد يرى أن عدم التنفيذ الجزئى من شأنه أن يؤدى الى الحكم بالفسخ الكلى اذا ترتب على ذلك عدم تحقيق الغايه المقصوده التى يهدف اليها الدائن من ابرامه للعقد . أو قد يـــرى أن الحكم بالفسخ الجزئى كاف ، الى جانب الحكم بالتعويض محل الجزء الاخر [1] .

لكن قد يثور التساؤل ـ متى سيحكم القاضي بالفسخ هل يجب ان يحكم به عندما يكـــون عدم التنفيذ كليا ، أم أنه فى الممكن ان يحكم به حتى ولوكان عدم التنفيذ طفيفا [2] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى كابتان فى السبب فقره ٢٥٨ ، نيتشه الرساله السابقه فى دعوى الفسخ ص٨١ ـ ليليته الرساله السابقه فى الفسخ القضائى ص١٩٨ . هذا وتجدر الاشاره الى أن القانون الالمانى فى مثل هذه الحاله لايعطى للدائن فى حالة التنفيذ الجزئى الا الحق فى التعويض مالم يثبت أن الخساره التى لحقته تعادل عدم التنفيـــذ المطلوب او الكلى(سالى فى الالتزامات فقرة ١٩٦) .

(٢) وهذا ماذهب اليه جوسران حيث يقول يمكن من الوجهه النظريه أن نتصور امكان الحكم بالفسخ مهما كان عدم التنفيذ ـ قليل الاهميه ـ بالقياس الى الاداء الكلـــــى (الالتزامات ١٩٢٠ جـ٢ فقره ٢٧٨) وانظر فى نفس المعنى هيك فى شـــــرح القانون المدنى علما وعملا جـ ٧ فقره ٢٦٧ ـ وكذلك نقض مدنى فرنسى فى ١٢ ابريل

نحن نعتقد بأنه حتى يجوز للقاضي ان يحكم بالفسخ لابد وأن يكون عدم التنفيذ من الجسامه بحيث تبرر الحكم به[1] — وهذا ما أوضحته فعلا الماده ١٥٧ في فقرتها الثانيه .

أما عن السلطه التقديريه التي يمتلكها القاضي تجاه حالات عدم التنفيذ ومدى امكانية تحديدها ، فانه لابد من العوده مرة اخرى الى الفقره الثانيه من الماده ١٥٧ السالفة الذكر حيث نجد فيها شيئين اثنين — أولهما منح المدين اجلا للتنفيذ يسمى بالاجل القضائي أو نظرة الميسره (délai de grâce) وثانيهما عدم الحكم بالفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبه الى الالتزام في جملته .

— أولا :— منح المدين أجلا للقيام بالتنفيذ . ويكون هذا الاجل بحسب الظروف ، اذ لابد أن يكون هناك عذر مقبول في التأخر في التنفيذ . وأن يكون الدائن في حالة عاديه لم يصبه ضرر يذكر من هذا التأخير .

وتجدر الاشاره الى أنه بجانب النص السابق أورد التقنين المدني الفقره الثالثه من الماده ٣٤٦ المتعلقه بمنح الاجل الى المدين في دعوى التنفيذ . اذ يقول (يجوز في حالات استثنائيه ، اذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

والواضح من سياق المادتين ١٥٧ / ٢ ، ٣٤٦/٢ أن هناك نوعين من الاجل يجوز فيهما للقاضي أن يمنح للمدين احدهما بحسب نوع الدعوى التي ترفع أمامه ، فالماده الاولى تتحدث عن الاجل الذي يمنحه القاضي للمدين في دعوى الفسخ ، أما الثانيه فتتحدث عن الاجل الذي يمنحه القاضي للمدين في دعوى التنفيذ .

فالاجل الموجود في الماده ١٥٧ يقوم على اساس الملائمه السياسيه ، وهي الرغبه في الحد من صرامة الفسخ وآثاره والعمل والمحافظه على العقود ما أمكن .

أما الاجل الممنوح من قبل القاضي في دعوى التنفيذ فانه يقوم على اساس اعتبارات العداله اذ يقصد به التخفيف من قسوة قاعده أن العقد شريعة المتعاقدين ، لذلك فهو استثناء من هذه القاعده ، ومن ثم وضع له القانون شروطا على اساسها يستطيع القاضي أن يمنح المدين اجلا أو اجالا متعاقبه اذا استدعت حالة المدين ذلك ، ولم يصب الدائن من هذا الاجل ضرر جسيم .

١٥٧ _ ويتحدد موقف القاضي من حقه في منح المدين اجلا للقيام بالتنفيذ ، وقت نظر الدعوى بحسب الظروف والاحوال ، على ان يتحدد موقفه بعد ذلك من الحكم بالفسخ بحسب طلب الدائن . فقد يحدث ان يصدر القاضي حكمين . أولهما يمنح المدين فيه مهله لكي ينفذ في خلالها فاذا انقضت هذه المهله دون تنفيذ ، يعود فيصدر مره ثانيه حكمه الاخر الذى يقضي فيه بالفسخ . أو أن يسلك مسلكا آخر يكون أقرب للاعتبارات العمليه، ويقوم ذلك على اساس أن الحكم الصادر على المدين يتضمن شقين ، شق خاص بالمهله الممنوحه ، والشق الاخر يعني اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه في حالة عدم الوفاء في المده المحدده في المهله [1] وقد يحدث أن يعطي القاضي المدين مهله ولكن لايحكم عليه في نفس الوقت بالفسخ أى دون أن ينص على أن العقد يعتبر مفسوخا اذا انقضت تلك المهله ولم يقم المدين بالتنفيذ . فهل يصبح الحكم بالفسخ لازما دون مناقشته أو عرض جديد ...... وهل يجوز للدائن بعد انقضاء المده أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون اللجوء الى القضاء مرة ثانيه ...... ؟

بالنسبه للأمر الاول فقد أجمع الفقه [٢] على أنه لايجوز للقاضي أن يعطي للمدين مهلة أخرى ويكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، بعد انقضاء المهله حتى ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصريه في حكم لها بتاريخ ٢٢/٢/١٩٥٠ _ عندما قالت (بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد رأى أن فوات المهله التي منحت للطاعنين دون وفائها بباقي الفوائد المستحقه ، هو مايترتب عليه الفسخ ، فلا مخالفه في ذلك اذ يشفع لها أن المهله التي يعطيها القضاء للمدين في دعوى الفسخ هي استثناء من الاصل

(١) في هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحى حجازى بأن الشق الاول من ذلك الحكم منجز ، وهو الحكم باعطاء المدين أجلا ، والثاني شرطي وهو الحكم بالفسخ ، والواقعه الشارطه هنا انقضاء الاجل دون تنفيذ ، وأن الشرط هنا واقف مادام أنه لايزال يجوز للمدين أن ينفذ في خلال الاجل الممنوح له ، فمعنى ذلك أن العلاقه الناشئه من العقد لاتزال قائمه وأنه لكي يتحقق الشرط ، يجب أن يستمر عدم التنفيذ بعد انقضاء الاجل ، وان حصل التنفيذ العيني في خلال الاجل الممنوح للمدين تخلف الشرط الواقف وامتنع على الدائن طلب الفسخ ، اما اذا انقضى الاجل دون تنفيذ تحقق الشرط ووقع الفسخ ، ولم يعد للدائن حاجه الى أن يعود ثانية الى القاضي (نفس المعنى المرجع السابق فقره ١٤) .

(٢) السنهوري في الوسيط ج ١ فقره ٤٧٥ ص ٨٠١ _ حشمت أو ستيت فقره ٢٨٠ ص ٢٤٩ _ أنور سلطان فقره ٢٦٢ ص ٤١٩ وهامش ٢ ، عبد الحى حجازى في بحثه السالف الذكر فقره ١٤٥ _ في نفس المعنى بيدان ج ٨ فقره ٧٦٨ ص ٦٢ ٥

وهو حق المتعاقد فى طلب الفسخ لعدم وفاء المتعاقد الاخر بالتزامه [1]

أما الامر الثانى ، فيمكن الاجابه عليه ، بأنه يجوز للدائن بعد انقضاء المهله التى منحها القاضى للمدين دون أن يقوم بالوفاء أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ولا حاجة الى الالتجاء للقضاء مرة ثانيه للحكم به [2] . ولا يمنع القاضى من جهة أخرى أن يعطى مهله للمدين ، أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى [3]

والجدير بالذكر أن القاضى يتمتع بسلطته تلك فى منح المدين مهله فى دعوى الفسخ وفى جميع الحالات والعقود ، مالم يكن هناك نص يمنعه من ذلك ، ولا ريب أن القاضى فى استعماله لسلطته التقديريه المتمثله فى منح المدين مهله للتنفيذ ، لاتعقيب عليه من محكمة النقض ، اذ هى مسأله واقع لاتخضع لرقابتها . الا أنه قد تكون هناك حالات لايستطيع فيها القاضى أن يعمل سلطته التقديريه فى منح المدين أجلاللتنفيذ . منها على سبيل المثال ، مخالفة المدين التزاما بالامتناع عن عمل شيئ وكان هذا هو التزامه الوحيد .

ففى هذه الحاله يصبح التنفيذ مستحيلا ، وليس هناك من داعى لامهال المدين . كذلك اذا كان التزام المدين التزاما بعمل ، ولا يمكن أن يؤدى الا فى وقت معين . ثم ينقضى ذلك الوقت دون تنفيذ ، كذلك قد يرى القاضى أنه من غير الممكن اعطاء المدين السيئ النيه مهله أخرى للتنفيذ ، نتيجة لاعماله المخالفه لاصول التعامل ، أوغير ذلك من الاسباب التى ترجع فى نهاية امرها الى القاضى .

١٥٨ - أما الحاله الثانيه التى ذكرتها الماده ١٥٧ - هى بأن للقاضى الحق فى أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبه الى الالتزام فى جملته ففى اعتقادنا أنه من هذه الحاله تثور تلك الاسئله التى سبق أن أشرنا اليها . والتى تدور

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة احكام النقض رقم ٩٤ ص٣٧٢ ، وعلى نفس المنوال ذهبت محكمة النقض الفرنسيه عندما قالت يجوز اعطاء مهله ثانيه اذاكانت المهله الاولى قد أعطيت فى دعوى التنفيذ لافى دعوى الفسخ (نقض مدنى فرنسى ٨ يناير ١٩٢٩ - جازيت دى باله ١٩٢٩ - ١ - ٤٩٧ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ ص٥٧٩ ، أنور سلطان المرجع السابق ص ٣٥٨ .

(٣) فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٨ مايو ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦ .

حول — متى يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ عند ما يرفع اليه الامر من قبل الدائن؟ هل يجوز له أن يحكم بالفسخ ولوكان عدم التنفيذ طفيفا جدا ، أم أنه لايحكم به الا اذا كان عدم التنفيذ على جانب من الاهميه بحيث يبرر الحكم بالفسخ ...... ؟ والاجابه على ذلك نجدها في تلك الفقره التي سبق أن اشرنا اليها • اذ لابد من أن يكون هناك قدر من عدم التنفيذ يكون من الجسامه بحيث يبرر الحكم بالفسخ • وهذا ما أجمع عليه الفقه[1] والقضاء[2] فاذا كان هذا القدر مطلوبا ، فانه يحتاج لكي يتم تقديره الى أعمال القاضي لسلطته التقديريه ونحن، نعتقد زيادة على ذلك أن استخدام القاضي لسلطته التقديريه لن يؤدى الى وقوع اى خطر على العقد ، أو امكانية أن يكون هناك تعسف أو تحكم من القاضي •

لأنّ تلك السلطه التقديريه ممنوحه له من قبل القانون ومؤيد فيها من جانب الفقه الى جانب أن متطلبات الامور والاحوال تستدعى مثل ذلك •

واذا كان الاستاذ هيك ((huc)) يرى بضرورة الحكم بالفسخ حتى ولوكان عدم التنفيذ طفيفا ، ويختلف معه في ذلك الاجماع الفقهي والقضائي في أن يكون هناك قدر من الجسامه تبرر الحكم بالفسخ — فاننا نجد أن الاستاذين أوبرى ورو (٤) يذهبان مذهبا آخر في هذا الشأن اذ يريان بوجوب التمير بين ماذا كان عدم التنفيذ ينصب على التزام باعطاء أو التزام بعمل (obligation de donner, obligation de faire) وبين ماذا كان منصبا على الالتزام بالامتناع عن عمل •

فيريان بأن للقاضي سلطه تقديريه في حالة عدم التنفيذ المتعلق بالامتناع عن عمل فقط دون الاحوال الاخرى ، لأنّ الامر في الحاله الاولى يحتاج الى سلطة القاضي من أجل تقدير مدى خطورة الاخلال الذى قام به المدين — كما يقولان أن القاضي يستطيع بحسب الظروف الحكم بالفسخ أو يقتصر على اعطاء الدائن تعويضا ماليا لاصلاح الاضرار التي نشأت من جراء ذلك الاخلال •

---

(١) انظر في هذا المعنى لارومير ج ٢ الماده ١١٨٤ فقره ١١ ، — لوران ج ٢٧ فقره ١٢٧ ، — بودرى لاكنترى وبارد ج ٢ فقرع ٩١٢ ، — ديمولوب ج ٢٥ فقره ٤٩٨ وما بعدها جيوار ج ١ فقره ٤٢٧ كابتان في السبب فقره ١٥٢ ، بلانيول في تعليقه السالف الذكر جراللوز ١٨٩١ — ٩١ — ١ — ٧٢٩ ، — السنهورى ج ١ في الوسيط ص ٧٩٩ ، — البدراوى مصادر الالتزام ص ٥٤٩ •

(٢) نقض مصرى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ المشار اليه سابقا ، ونقض مدنى فرنسى ٥ ابريل ٤٥ ١٨ د اللوز ٤٥ — ١ — ٤١١ ، سيرى ٤٥ — ١ — ٢٤٥ •

(٣) هيك ج ٧ فقره ٢٦٧ •

(٤) أوبرى ورو ج ٥ فقره ٢٠٢ ص ٨٠ •

أما فى الاحوال الاخرى التى هى فى الالتزام بالعمل والالتزام باعطاء فقد رفضا أن يعطيا للقاضى أى سلطة تقديريه أو أى امكانيه أخرى للتحول من الحكم بالفسخ الذى طلبه الدائن الى الحكم بدفع تعويض مالى

"Le droit de substituer la résolution demandée par l' une des parties une indemenité à payer par l'autre.

وذلك لانهما يعتقدان أن منح القاضى تلك السلطه فى مثل هذه الاحوال يمثل خرقا ومخالفه لالتزام ايجابى وأكيد وهو الالتزام بعمل والالتزام بعطاء ..

غير أننا نعتقد أن الامر على خلاف ذلك لانه من غير المستطاع اقامة أية تفرقه بين تلك الانواع بصدد استخدام القاضى لسلطته التقديريه • الى جانب ذلك لا يوجد فى القانون نص خاص يقيم تلك التفرقه فى مجال الحكم بالفسخ • وبصفة خاصه بين الالتزامات الايجابيه والالتزامات السلبيه ، فاذا كانا يريان أنه فى منح القاضى تلك السلطه من شأنه أن يسبب خطرا على العقد • فاننا نعتقد أن القانون لم يقل بذلك ، ولم يقل أيضا بوجوب اعمال أى تفرقه بين عدم تنفيذ كلى أو جزئى وذلك بصدد استخدام القاضى تلك السلطه فاذا أرادا أن يقولا بعدم اعطاء الحق للقاضى فى تخدام سلطته التقديريه ، فليقولا ذلك بصراحة وفى جميع انواع الالتزامات دون أن يقيما ذلك التمييز •

ومن جهة أخرى اذا أردنا أن نقارن بين موقفهما وموقف الاستاذ هيك فاننا نجد بالرغم من عدم التسليم برأى هذا الاخير، أن موقف الاستاذ هيك اكثر قبولا من الناحيه المنطقيه ، واذا كان الاجماع الفقهى والقضائى يتطلب للحكم بالفسخ أن يكون هناك قدر من الجسامه فى عدم التنفيذ ، وأن تقدير تلك الجسامه تتطلب أن يستخدم القاضى سلطته التقديريه ، فانه لابد من القول أن قبول مثل هذا الامر يتطلب أن يكون هناك قدر من الحذر فى استخدام تلك السلطه ، بحيث لا تكون سلطة واسعه جدا أو تكون سلطة محصوره ومقيده ، لأنّ القول بغير ذلك سيؤدى الى اختلاف الحلول المتعلقه بكل حالة على حده بناء على وضعيتها الخاصه • ولذلك لابد من الاخذ بعين الاعتبار كل الظروف المحيطه ، حتى يستقيم الحل العادل • فقد يتطلب الامر ويكون فى نفس الوقت متفقا مع العداله الا يكون أحد الاطراف ضحية للطرف الاخر فى مجال تنفيذ العقد ، ومن جهة أخرى قد يكون رفض الحكم بالفسخ أمرا قاسيا بالنسبه للدائن فى جميع الاحوال حتى لو تعلق بعدم وجود تنفيذ كلى • وفى المقابل قد يكون الحكم بالفسخ شيئا قاسيا بالنسبه للمدين وخاصة اذا كان عدم التنفيذ تافهيا

ولا قيمة له (١)

١٥٩ - وتوجد الى جانب الماده ١٥٧ التى سبق أن اشرنا اليها نصوص أخرى تضمنهـا التقنين المدنى المصرى الجديد . توضح بصورة ضمنيه امكانية استخدام القاضى لسلطتـه التقديريه منها على سبيل المثال الماده ٥٧٠ التى تقول ((لايجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من اجراء الترميمات المستعجله التى تكون ضروريه لحفظ العين المؤجره ، على انه اذا ترتب على هذه الترميمات اخلال كلى او جزئى بالانتفاع بالعين ، جاز للمستاجر ان يطلب بحسب الظروف اما فسخ الايجار أو انقاص الاجره .)) أيضا الماده ٥٧٩ التى تلزم المستأجـر أن يستعمل العين المؤجره بحسب ما أعدت له ، أو بحسب الاتفاق (٢) ومنها أيضا المـاده ٤٣٣ ، ٤٢٨ المتعلقه بعقد البيع والماده ٥٦٥ والخاصه بعقد الايجار .

غير أنه اذا كانت الطبيعه الخاصه للعقد الملزم للجانبين تتضمن ترابطا بين الالتزامـات المتقابله فان مجموع الالتزامات المتقابله لكل طرف من الاطراف تمثل فى نفس الوقت كل منهـا مقابلا للآخر . وعليه فانه فى حالة تخلف احداهما سيؤدى الامر الى الحكم بالفسخ الا أنـه فى حالة تخلف أى تعادل بين تلك الالتزامات مثلا هل سيؤدى ذلك الى الحكم بالفسخ الكلى او الاقتصار على الفسخ فى المفقود من ذلك التعادل والاستمرار بعد ذلك فى تنفيذ الاجـزاء الباقيه منه وبالتالى سير العقد سيره الطبيعى فحسب النظريه الشخصيه او الذاتيه بانه مـن الممكن أن يكون أحد الاطراف غير راغب الا أن يستفيد بصورة مطلقه من تعاقده ، ولذلك فقـد قبل أن يتعاقد بناء على تلك الاعتبارات وبالتالى فان محل الالتزام لايجوز انقسامه . غيـر أن النظره الموضوعيه ترى بانه قد يكون من المؤكد ان التزامات أحد الاطراف أقل أهميه مـن

---

(١) وتجدر الاشاره هنا الى أن الاستاذ بوتيه قد ذهب الى اعطاء الحق للقاضى فى استخدام سلطته التقديريه فى مجال الفسخ ، حيث أجاز له أن يرفض الحكم به اذا كان عدم التنفيذ المنسوب للمدين تافها أو قليل القيمه وفى هذا يقول :

"A l' egard de toutes les autres obligations, c'est par les circonstances qu'on decide si l' inexecation doit donner lieu a la risolution du contrat " Pothier - vente Nº 475 "

(٢) وجزاء الاخلال بهذا الالتزام من شانه ان يعطى الحق للمؤجر بحسب الظروف المطالبـه بفسخ الايجار الماده (١٧٢٩ فرنسى) .

التزامات الطرف الثاني وقت ابرام العقد ومن ثم فان غياب أحد أجزاء الالتزام ولصفة جزئيــــه لن يؤدي الى فسخ العقد . الا اذا أدى ذلك الغياب الى احداث خطر أكيد على العقـــد من ذلك مثلا تجد الماده ٤٣٣ التي تنص على أنه ((لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقـــد لنقص في المبيع الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامه ، بحيث لو كان يعلمه لما أتم العقــد والماده ٤٢٨ التي تقول ((اذا نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع ..... وكذلك الفقــره الاولى من الماده ٤٤٤ في قولها ((اذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانـــت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لما أتم العقد .

ونعود الى التأكيد بأنه من الامور الطبيعيه الا يقضى بالفسخ الا اذا كان هناك بالفعـــل اختلال في التوازن التعـاقدي ومن ثم لا يمكن القول بضرورة الحكم بالفسخ الجزئي الا اذا كانـــت هناك بصورة واضحه خطوره اكيده من عدم التنفيذ تكفي لذلك الحكم .

وخلاصة القول : أن منح القاضي سلطة تقديريه في مجال الحكم بالفسخ له أكثر من دليل :
أول هذه الادله : نجده في النصوص سواء كان ذلك في مجال القاعده العامه الوارده فـــي الماده ١٥٧ ، أو في الاحوال المرتبطه ببعض العقود كما سبق أن أسلفنا .

ثانيا : في اعتبارات العداله التي تقوم على اساس عدم التضحيه بمصالح الطرفين سواء كـــان الدائن أو المدين .

ثالثا : في احوال عدم التنفيذ . اذ قد يكون عدم التنفيذ جزئيا - أو كليا - أو عدم التنفيذ التافه الذي لاقيمة له - أو حالة من حالات التأخير في التنفيذ . كل تلك الاحوال تتطلـــب بالضروره أن يكون للقاضي فيها سلطة تقديريه واسعه .

ونقول في النهايه أن الموقف الذي ذهب اليه الاجماع الفقهي والقضائي هو أقرب المواقـــف الى الصواب حيث لا يجوز الحكم بالفسخ الا اذا كان عدم التنفيذ يمثل قدرا من الخطـــوره أو الجسامه تبرر الحكم به واذا كان الامر كذلك فكيف يمكن الوصول الى هذا الموقف . وعلـــى أي معيار يستند اليه القاضي للتمييز بينه وبين الاحوال الاخرى بقصد تحقيق الحل الواجـــب التطبيق . وكما ذكرنا سابقا ذهب الفقه الى وضع معيارين . على أساسهما يهتدي القاضي في البحث والتقصي في نطاق سلطته التقديريه للوصول الى الحل المطلوب وهذين المعيارين هما المعيـار الذاتي ، والمعيار الموضوعي - غير ان الكلام في هذا الموضوع لا يكتمل الا اذا عرفنا موقف المشـــرع

" الفرع الثالـــــــث "

((مدى الاخذ بهذين المعيارين))
في القانون المدني المصـــري

بعد أن قدمنا في السابق كلا من المعيارين الشخصي والموضوعي ضمن مجال عمل القاضي في استخدام سلطته التقديريه - نستعرض الان مدى الاخذ بهما في نصوص القانون المدني المصري - وما يجب أن يترتب على ذلك من آثار عند تحديد موقف القاضي ، من مختلف أنــواع عدم التنفيذ .

فبادئ بدء نقول بأن الكلام عن عدم التنفيذ الكلي مفرغ منه ، اذ انه يؤدي حتما الى الحكم بالفسخ ولذلك فان حديثنا يدور حول حالات عدم التنفيذ الجزئي والتأخير في التنفيذ وعدم تنفيذ الالتزام التبعي - وفي الاخير أثر سوء نية المدين في الحكم بالفسخ .

** حالة عدم التنفيذ الجزئي أو الناقص **

١٦٠ - يتبين لنا من المادة ١٥٧ في قولها " يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهميه بالنسبه الى الالتزام في جملته . ان المشرع المصري يأخذ بالمعيار الموضوعي كقاعدة عامه - فيركز على الوجود المادي للمحل أو المنفعه المرجوه منه . والمحل من الممكن بحسب طبيعته أن يزود القاضي بجميع العناصر المطلوبه للتقدير . اذا يكون فيه من الكفايه بحيث يجعله يستغني عن البحث عن نية المتعاقدين . والمعروف وفقا للمبادئ الرئيسيه أن العناصر الموضوعيه تعتبر من أهم العناصر وأكثرها ايجابيه . اذا يكفي أن ينصب القاضي مقدار عدم التنفيذ الى مجموع المحل لكي يستخلص من ذلك أساس حقيقي ومضبوط في تقدير ما اذا كان ينبغي له أن يقضي بالفسخ أم لا .

واذا كان النص السابق قد ورد في باب القواعد العامه ، فان مقتضى ذلك أن نعتبر بأن المعيار العام الذي يجب على القاضي أن يستند اليه في تقديره جسامة عدم التنفيذ هو معيار موضوعي يتعلق بكمية عدم التنفيذ .

والثابت أن الغرض من التنفيذ الكامل هو تحقيق مصلحة الطرفين المتعاقدين ، وعلى الاخص مصلحة الدائن . فاذا نفذ المدين جزءا من التزامه فان ذلك لن يؤدي الا الى تحقيق مصلحـــة [illegible]

غرض الدائن قد تحقق عن طريق تنفيذ الجزء الاكبر من المحل فان الامر يقتضى فى هذه الحالة الا يحكم القاضى بالفسخ ويكتفى فقط بتعويض الدائن عن الجزء القليل الذى لم ينفذ من جانب المدين . وهكذا يتضح بأن المشرع المصرى قد بين لنا فى المادة ١٥٧/١ أن هناك نوع من الارتباط بين مصلحة الدائن ومدى جسامة عدم التنفيذ .

والى جانب القاعدة العامة السالفة الذكر توجد هناك نصوص أخرى أبرز فيها المشرع الطابع الموضوعى الذى يجب على القاضى أن يلتزم به فى تقدير جسامة عدم التنفيذ منها مثلا ماورد فى عقد الايجار فالمادة ٥٦٥ تقول بأنه اذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذى أجرت من اجله ، أو اذا نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد " أيضا المادة ٥٦٩ فيما تنص عليه - بأنه اذا ترتب على هلاك العين المؤجرة هلاكا جزئيا أن اصبحت العين فى حالة لا تصلح معها للانتفاع الذى اجرت من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، ولم يكن للمستأجر فى شيء من ذلك فيجوز له اذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب باعادة العين الى الحاله التى كانت عليها أن يطلب تبعا للظروف اما انقاص الاجرة أو فسخ الايجار) ونفس الامر نجده فى المادة ٥٧٠ اذ تقضى بأنه فى الحالة التى يترتب على قيام المؤجر باجراء الترميمات المستعجلة اخلال كلى أو جزئى بالانتفاع بالعين جاز للمستأجر أن يطلب تبعا للظروف أما فسخ الايجار أو انقاص الاجرة .) وكذلك المادة ٥٧٥ والفقرة الاولى من المادة ٥٧٧ الى آخره . ويظهر لنا مما تقدم بأنه لكى تتم المطالبة بالفسخ لابد من أن يكون هناك نقص فى الانتفاع يقوم القاضى بتقديره من حيث كميته ومدى جسامته طبقا للمعيار العام الوارد فى المادة ١٥٧ .

والجدير بالذكر أن عبارة تبعا للظروف التى وردت أكثر من مرة فى المواد السابقة . تعنى الظروف الموجودة وقت عدم التنفيذ أى اللاحقة على انعقاد العقد . وليست الظروف التى نشأت بارادة المتعاقدين وقت ابرامه .

١٦١ - واذا كان الاصل فى التقنين المدنى المصرى الاخذ بالمعيار الموضوعى كأساس لتقدير مدى جسامة عدم التنفيذ - فان هناك نصوصا أخرى وردت فى عقد البيع يظهر فيها بصورة واضحة الطابع الشخصى (١) كمعيار يجب على القاضى أن يعتد به لتقدير جسامة عدم التنفيذ

(١) تجدر الاشارة الى ان هذا المعيار قد يكون موافقا للمعيار المأخوذ به فى نظرية الغلط الحديثة لأن المادة ١٢١ تقول الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى الغلط . الا أنهما يختلفان من حيث الاثر ففى الامر الاول يكون النتيجة الحكم بالفسخ ، أما الثانى فيترتب عليه البطلان .

فنجد الماده ٤٣٣ تقول فى آخر فقرتها الاولى ، بأنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامه بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد وهناك الماده ٤٣٨ التى تنص على أنه اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه جاز للمشترى اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن .

ونفس الحال فى الماده ٤٤٤ الفقره الاولى اذ تقضى بأنه اذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما اتم العقد الى آخره .

وهكذا يتبين لنا أن النصوص السابقه تأخذ من حيث الحكم عليها بالمعيار الشخصى وذلك فى تقدير مقدار عدم التنفيذ ومدى جسامته . وبصفة خاصه اذا كان عدم التنفيذ جزئيا لأن عدم التنفيذ الكلى سيؤدى حتما الى الحكم بالفسخ كما سبق أن اسلفنا .

ففى الماده السابقه التى تحمل رقم ٤٣٣ نجد أن المشترى لا يجوز له أن يطالب بفسخ عقد البيع لنقص فى الشيء المبيع الا اذا كان هذا النقص جسيما بالنسبة اليه بحيث لو كان يعلمه لما أتم العقد ونفس الامر فى حالة نقص قيمة المبيع قبل التسليم (الماده ٤٢٨) وفى حالة استحقاق بعض المبيع أو وجوده مثقلا بتكليف .

ونخلص الى القول أن المشرع المصرى لم يقتصر على ضرورة الاخذ بالمعيار الموضوعى فقط فى تقدير جسامة عدم التنفيذ الجزئى ، بل أوجب الاخذ أيضا بالمعيار الذاتى أو الشخصى اذ لا يجب أن يأخذ القاضى فى حساب جسامة عدم التنفيذ بمحل العقد فقط ، بل يجب أن يمتد أيضا بنية المتعاقدين فيما يتعلق بالمحل[1] ـ وفى اعتقادنا أن الاخذ فى الاعتبار بنية المتعاقدين بصدد

(١) وفى هذا الصدد ينتقد لبليتيه فى رسالته ماذهب اليه كل من بيكار وبرودوم فى الاقتصار فقط على المعيار الموضوعى ، فيقول : أن نية المتعاقدين على عكس ماذهب اليه بيكار وبرودوم ، تلعب دورا أساسيا ، فبفحص أحكام القضاء نجد أن المحاكم قد أعارت اهتماما كبيرا بتلك النيه وأوجبت على القاضى أن يأخذ فى حسابه بصورة خاصه وضوح ارادة المتعاقدين ، فعند ما يطلب من القاضى أن يقوم بتعداد الاسباب المؤدية للفسخ فان الامر يتطلب أن يشير فى بدايتها الى نية المتعاقدين ومن هذه الاحكام :ـ *Req. le 1 Mars 1892, D.92-1-415, Req 15 Février 1904. D.1904-1-355, Paris, 9 Décembre 1927, D.H. 1928. 188-limoges 30 Avril 1906. D.1907-2-96-conseil d'etat, 12 Janvier 1906 D.1908.5.17.

ويضيف الى ذلك بأن نية المتعاقدين تلعب دورا أكيدا وجوهريا فى الافتراض الخاص بالتأخير اذ قد يقضى على اساسها اما بالفسخ الجزئى أو بالفسخ الكلى ويقول فى النهايه ، ان عمل القاضى فى تقدير جسامة عدم التنفيذ ينقسم الى قسمين . الاول :ـ ينحصر فى فحص الاسباب المؤديه الى تعويض العلاقه التبادليه التى توجد مابين الالتزامين الجوهريين . ومدى مايمكن أن يفصله عدم التنفيذ المتعلق بالالتزامات التبعيه فى تحقيق الغايه الاوليه المرتبطه بركن

المحل من شأنه أن يعطى معنى وقيمه أفضل من أن يقتصر البحث على المحل فقط. ففى الحالة التى يكون فيها عدم التنفيذ جزئيا ، فان مقتضى المعيار الموضوعى ، أن يقوم القاضى بقياس الجزء الذى لم ينفذ من المحل الى مجموع هذا المحل ويقضى بعد ذلك اما بالفسخ الكلى أو بالتعويض عن الجزء الذى لم ينفذ .

لكن لو أخذ فى تقديره هذا بنية المتعاقدين وما تسبغه هذه النيه على المحل من أهميه سواء أكان ذلك فى شق منه أو فى مجموعه ، ألا يكون الحكم فى هذه الحاله أكثر عدلا وانصافا وأكثر مجاراه لمقتضيات حسن التعامل بين الناس ، اذ قد يكون فى بعض الاحيان أن القيمه التى يسبغها الاطراف على المحل أكثر أهميه فى تقدير مدى جسامة عدم التنفيذ ، من قيمة المحل فى حد ذاته .

وفى كل الاحوال يجب على القاضى سواء أخذ بالمعيار الموضوعى أو الشخصى فى تقدير جسامة عدم التنفيذ ، ان يأخذ فى الاعتبار مصلحة الدائن ، ومدى تأثير عدم التنفيذ على تلك المصلحه فاذا ترتب على عدم التنفيذ ضياع الجزء الاكبر من مصلحة الدائن ، فان على القاضى فى هذه أن يحكم بالفسخ ويتأتى ذلك عندما يكون عدم التنفيذ قد اشتمل على الجزء الاكبر من مجموع الالتزام — اما اذا كان عدم التنفيذ قليل الاهميه بالنسبه لمجموع الالتزام ، فان القاضى قد يكتفى عند استعماله لسلطته التقديريه بتعويض الدائن عن الجزء البسيط الذى لم ينفذ دون أن يحكم بالفسخ .

من كل ماتقدم يتضح لنا أن على القاضى أن يأخذ بالمعيارين الموضوعى والذاتى فى تقدير مدى جسامة عدم التنفيذ (1) — اذ يجب عليه أن يمعن النظر فى الجزء الذى لم ينفذ مع قياس أهمية هذا الجزء بمجموع الالتزام (المعيار الموضوعى) ثم النظر الى تلك الامور بحسب نية المتعاقدين فيما اذا كان قد تعاقد على اساس وجود ذلك الجزء أم لا (المعيار الذاتى أو الشخصى) ، فاذا تبين أن الجزء الذى لم ينفذ كان أكبر من الجزء الباقى الذى تم تنفيذه ، وكان من الجسامه

▪ نفس المعنى ، اذ يقول بأن الفقه الفرنسى فى مجموعه ، وكذلك القضاء قد ذهب الى أنه لكى يتم الحكم بالفسخ يجب أن يكون عدم التنفيذ من الخطورة بحيث يصيب جزءا جوهريا فى العقد وأن القاضى يملك فى ذلك سلطة تقديريه واسعه على نفس السلطه فى مجال نية المتعاقدين - انظر رسالته السابقه الذكر ص ١٤١ .

(1) وتجدر الاشاره هنا الى أن القانون الالمانى يفرق بين عدم التنفيذ الجزئى الذى مصدره القوه القاهره ، وبين عدم التنفيذ الجزئى الذى يكون مصدره خطأ المدين . فاذا كان عدم التنفيذ الجزئى مصدره القوه القاهره ، فلا يملك الدائن الا أن ينقص من التزامه فى مقابل مانقص من التزامات المدين . اما اذا كان مصدر عدم التنفيذ الجزئى خطأ المدين ، فان الدائن يملك فى هذا الصدد حقا فى الخيار بين أكثر من نوع من الامكانيات لتحقيق صالحه ، وبالتالى لا يجب الزام الدائن بحل هو غير موافق عليه ، بل على العكس هو الذى يختار الحل . فهو يملك أولا حق المطالبه بالتعويض عن كل الالتزام الذى نفذ جزء منه . وهذا يعنى أن عدم التنفيذ الجزئى يعادل عدم التنفيذ الكلى . ويملك كذلك الحق فى المطالبه بفسخ العقد

بحيث لو كان الدائن يعلم ذلك لما أبرم العقد ، وجب على القاضي في هذه الحالة أن يقضي بالفسخ . اما اذا كان العكس ، فقد يكتفي بابقاء العقد مع الحكم بالتعويض للدائن عن الجزء البسيط الذى لم ينفذ ، وعند ما يقال بأن الدائن لو كان يعلم ذلك لما ابرم العقد ، فان هذا يعني أن عدم التنفيذ الجزئي يعادل بالنسبه اليه عدم تنفيذ كلي (inexécution totale) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصريه بأنه اذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح ، وكان الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمني ، فان محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الاخلال الجزئي اذا مابان لها أن هذا الاخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد المتعاقدين فسخ العقد وسلطة المحكمه في استخلاص هذه النتيجه لا يعقب عليها (١) .

١٦٢ — لكن قد يحدث أن يصدر القاضي حكما آخر بعد استخدامه لسلطته التقديريه يكون مطابقا من حيث النتائج مع الحلول السابقه — وهذا الحكم هو الفسخ الجزئي — فهو يتوسط بين الابقاء على العقد مع التعويض عن الجزء الذى لم ينفذ ، وبين فسخ العقد كله المبتور قد يسهل علاجه عن طريق التخفيض المقابل للالتزام الاخر — ولذلك فقد قيل بأن التنفيذ غير الكامل يقابله تنفيذ آخر كامل ... ويتم ذلك بأن يقوم القاضي الانقاص من كم اداء الدين بقدر مانقص من كم اداء المدين وهذا يعني أن تقدير القاضي يجب أن يشمل الالتزامات اللذين تضمنها العقد غير أنه يستطيع من جهة أخرى أن يقوم بالتقدير عن طريق النظر الى الالتزام ومدى تنفيذه ، فاذا كان التنفيذ كاف لاستبعاد الفسخ ، فان تقديره بالنسبه لتنفيذ الالتزام الاخر يقوم على تخفيض هذا الالتزام بما يعادل مقدار تنفيذ الالتزام المقابل .

= الخاص بعدم التنفيذ الجزئي الذى يكون مصدره القوه القاهره . دون الاخذ بعين الاعتبار ارادة أو منفعة الاطراف . أما فيما يتعلق بعدم التنفيذ الجزئي الذى يكون مصدره خطأ المدين فقد أخذ بترك الامر للدائن يأخذ بما يراه جديرا أو موافقا لمصلحته فيختار بين الفسخ الكلي أو الجزئي ، ومن ثم يكون المعيار هنا معيارا ذاتيا أو شخصيا الا أن نفس الكاتب يضيف الى ماتقدم فيقول بأنه لا يجب أن نقيم من تلك التفرقه أهمية كبيره لانها تبقى تفرقه نظريه ، أما من الناحيه العمليه فان تلك التفرقه تزول ، فالمعلوم أن الاستحاله الجزئيه لا تصيب الا المحل القابل للانقسام من الناحيه القانونيه .

، ولتقدير ما اذا كان المحل ينقسم من الناحيه القانونيه أم لا ، بأن الفقه والقضاء ذهبا الى القول بأن ذلك يتم بحسب هدف العقد أو غايته فالاداء الذى لا يقبل الانقسام من الناحيه القانونيه ، لا يحقق أى فائده بالنسبه للدائن الا بصفة كليه — وكذلك عند ما يكون الاداء قابلا للانقسام من الناحية الماديه ، فاننا يمكن اعتباره بأنه غير قابل للانقسام في الحاله التي يتبين فيها أن الدائن لم يكن ليتعاقد الا على أساس كل الالتزام . وفي هذه الحاله يمكن القول بأن عدم التنفيذ الجزئي يعادل عدم التنفيذ الكلي بالنسبه للدائن وبناء على ذلك يملك الدائن الحق في رفض عدم التنفيذ الجزئي اذا ما أثبت بأنه لاحق له أى فائده ، وأن الفائده في التنفيذ الكلي . وهكذا يكون نص الماده ٧٢٨ من ذلك القانون والمتعلق بعدم التنفيذ الجزئي بسبب القوه القاهره ، يكون ... الاحتمال الشرعي

وبناء على ماتقدم يمكننا أن نجد في ثنايا التقنين المدني المصري بعض النصوص التي تشير الى امكانية الحكم بالفسخ الجزئي . منها مثلا الماده ٤٢٨ التي اشرنا اليها سابقا اذ تقضي بأنه اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه جاز للمشتري اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما اتم البيع . واما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن . والحكم بانقاص الثمن مقابل نقص قيمة المبيع هو بمثابة فسخ جزئي لعقد البيع . وكذلك توجد هناك الماده ٥٦٩ في الفقره الثانيه والمتعلقه بحالة الهلاك الجزئي للعين المؤجره فاختيار المستأجر انقاص الاجره بقدر نقص الانتفاع أيضا فسخا جزئيا - وهناك المواد ٥٧٠ والماده ٥٧٤ والماده ٥٧٥ في الفقره الثانيه - كلها تتحدث عن انقاص الاجره بقدر نقص الانتفاع وفي اعتقادنا أنه قد يكون للحكم بالفسخ الجزئي [1] فوائد عظيمه في بعض الاحيان عنه في الحكم بالتعويض . فقد يحدث أن يكون للمدين عده دائنين عينين . أي لهم حقوق عينيه عليه . فانه اذا طالب الدائن بالتنفيذ فسيخضع للقاعده المعروفه في عدم مساواته مع الدائنين المرتهنين الاخرين . ولكن اذا طالب بالفسخ الجزئي فقد يحقق له مايريده . ويتخلص من تلك المزاحمه التي فرضته عليه الظروف المدين .

غير أنه اذا كان للفسخ الجزئي تلك المزايا . فان ذلك مشروط بأن تكون محلات الالتزام قابله للانقسام (divisible) مثال ذلك عقود المده - أو العقود المستمره أو الزمنيه لان هذه العقود تتضمن جمله من الاداءات المتتابعه بحيث يكون في الامكان أن يرد الفسخ على الاداء الناقص أو المعيب فقط - ومثال هذه العقود عقد التوريد فهذا النوع من العقود ينشيء سلسله من الالتزامات المتقابله . أو بمعنى آخر ازدواجا من الاداءات كل زوج فيهما

---

* مثل نص الماده ٢٢٥ المتعلق بعدم التنفيذ الجزئي بسبب خطأ المدين - (كوتسانيكو الرساله السابقه في الفسخ في القانون الالماني ص٦ ١١ ، ١١٧) غير أنه يقول في صفحة ٢٣٠ بأن قيمة التنفيذ الجزئي تكون ذاتيه ويكون تقديره بناء على رغبة الدائن أو هدف العقد .

(١) * محكمة النقض المصريه في ٤ ديسمبر ١٩٤٧ وقد أشرنا الى هذا الحكم أكثر من مره . والمقصود منه هنا هو الاشاره الى قصد المتعاقدين .

(١) ويعارض في هذا الصدد الاستاذان اوبري ورو كما سبق أن اسلفنا أن يكون للقاضي سلطه تقديريه في مجال عدم التنفيذ الجزئي - وبالتالي الفسخ الجزئي لان هذا الامر في نظرهما يؤدي الى تغيير الاتفاق من قبل القاضي (ج ٤ ١٩٠٢ ص١٢٧) . هذا وترفض بعض احكام محكمة النقض الفرنسيه أن تعطي للقاضي تلك السلطه التقديريه أو توسيعها في مجال الفسخ الجزئي . وحجتها في ذلك أن القانون قد قصر سلطة القاضي التقديريه على الخيار بين التنفيذ والفسخ الكلي وأن تجويز الفسخ الجزئي يعتبر تعديلا للعقد من جانب القاضي ، وأن الفسخ وان قصد به تحقيق مصلحة الدائن لا يجوز أن يكون على حساب المدين الذي تقتضيه مصلحته أن ينفذ العقد كله أو يفسخه كله اذا كان الثمن قد حدد على اساس بيع الكميه كلها : محكمة بزنسون ١٢ يناير ١٨٦٥ داللوز

يستقل عن الازواج الاخرى ، بحيث يكون لكل زوج كيانه الاقتصادى والقانونى بالنسبة للازواج الاخرى ، وبالتالى فان كل زوج من الممكن أن يحقق مصلحة المتعاقدين ، ويكون الامر ميسورا اذا تطلب الامر فصل كل منها عن الاخرى دون أن يسبب ذلك ضررا لهدف المتعاقدين من التعاقد . وهذا يعنى امكانية أن يقع الفسخ على أحد هذه الاداءات دون أن يوثر فى نفس الوقت على الاداءات الاخرى .

فاذا كان الامر كذلك فانه يجوز أن يرد ذلك على عقد التوريد (١) . وبعد ذلك يستأنف هذا العقد سيره الطبيعى واذا كانت تلك العقود تمتاز بقابلية أداءاتها للانقسام فانه مهما بلغت درجة جسامة عدم تنفيذ احداهما فان ذلك لايودى الى الحكم بفسخ العقد برمته وانما يقتصر فقط على الفسخ الجزئى (٢) .

واذا كان مقتضى المعيار الموضوعى يدور حول المحل ومن ثم لكى يصدر الحكم بالفسخ الجزئى لابد أن يكون هذا المحل قابلا للانقسام، الا أن الاخذ بالمعيار الشخصى الى جانب المعيار الموضوعى قد يلعب دورا أساسيا وحاسما فى الوصول الى حكم عادل بالنسبه للفسخ الجزئى . فعندما يتضح للقاضى أن ارادة الطرفين الصريحه أو الضمنيه تعتبران المحل غير قابل للانقسام . فانه من الواجب عليه أن يقوم بتقدير وفحص موقف كل طرف من أطراف التعاقد . فاذا ثبت له أن الامر يتطلب رفض الفسخ الجزئى لأن الذى أخذ على أحد الاطراف مجرد اهمال أو تقصير بسيط فى التسليم وجب عليه أن يرفض الحكم بالفسخ . فقد يكون فى بعض الاحيان أن عقداً من العقود كعقد البيع مثلا يتطلب أن يكون التسليم مستمرا أو متتابعا (livraison successive) فاذا تم التسليم من جانب البائعين وكان هذا التسليم تسليما أوليا غير جيد ، فان هذا سيودى بالمشترى الى الاعتقاد أن البائعين لايرغبون فى الاستمرار فى عقد البيع أو فى الصفقه (marché) .

(١) يرى سولد وزورشر فى رسالته فى الفسخ الجزئى للعقود من ليون ١٩٢٤ بأن الوقف هو عباره عن فسخ جزئى ونهائى يصيب العقد المستمر فى فترة معينه دون أن يصيبه فى وجوده السابق أو وجوده اللاحق (ص١٢٦ ، ١٢٧) أما ليبيه فيطلق على وقف العقد بأنه "une sppression temporaire et définitive des effets du contrat .
انظر مقاله بالمجله الانتقاديه ١٩٢٤ ص ٥٨١ وما بعدها .

(٢) وفى هذا الصدد يقول سولد وزورشر بأن القضاء فى فرنسا لايرى بأن الماده ١١٨٤ تتضمن مقومات الحكم بالفسخ الجزئى . وانما يعتبر الماده ١٧٢٢ من القانون المدنى الفرنسى هى أساس الفسخ الجزئى (الرساله السابقه ص١٢٦) .

وهكذا يتبين لنا مما تقدم بأن الامر لايستدعى دائما الاخذ بالفسخ الجزئي بناء على القاعده العامه التي تقرر بأن عقد البيع الذى يتضمن تسليما متدرجا أو تدريجيا (livraisons échelonnées) يكون قابلا لذلك الفسخ ، وأنه ليس بصحيح على الاطلاق الادعاء بأن الفسخ الجزئي يكون مطلوبا بالضروره من أجل استبعاد الفسخ الكلى . وانما يجب على القاضى أن يقوم بالبحث فى كل حالة على حده وفى نية الاطراف[1] لمعرفة ما اذا كان المحل قابلا للانقسام أو لا حتى بالرغم من انقسامه من الناحية الماديه .

غير أن المرونه التي يمتاز بها الفسخ الجزئي قد تسمح فى بعض الاحيان باستبعاد الصعوبات (les inconvénients) العمليه للفسخ الكلى فى جميع الاحوال ، وامكانية تطبيقه على العقود ذات التنفيذ القابل للانقسام ، الى جانب أن هذا النوع من الفسخ قد يتحقق بصورة متكامله مع الظروف[2] .

(1) "Reuen, 28 février 1874, D. 1377.2.222 " Attendu que dans l'intention des parties, le marché n'étant pas susceptible d'étre, scindé.

(2) غير أن ثمة قضاء جريئا قد تجاوز حدود عقود المده فى تطبيقه الفسخ الجزئي واعتبره حالا هاما يصدق على عقود المده وعلى غيرها ، بحيث يبيح للقاضي بناء على سلطته التقديريه أن يتدخل لا ليحكم بالفسخ فقط ، بل أن يتدخل أيضا فى طرق تطبيق نظام الفسخ — نقض فرنسى ٢١ ديسمبر ١٩٢٧ داللوز الاسبوعى ١٩٢٨ ص٨٢ مشار اليه فى رساله سولد وزورشر ص ١٤٠

ثانيا: ** حالة عدم التنفيذ الموقت أو التأخير فى التنفيذ **

١٦٣ ـ المعلوم أن عدم التنفيذ ينقسم من حيث مداه الى عدم تنفيذ نهائى ـ وعدم تنفيذ موقت ، فعدم التنفيذ النهائى يتحدد فى عدم استطاعة المدين بصفة تامه القيام بالتنفيذ . ولا شك فى أنه لاصعوبه فى تقدير جسامة عدم التنفيذ النهائى ، وبصفة خاصه عندما يكون كليا أو يستغرق جميع الاداء . أما عدم التنفيذ الموقت ، فهو الذى يتأخر فيه المدين عن التنفيذ فترة معينه ثم يقوم بعد ذلك بالتنفيذ مباشرة . وليس بمعنى ذلك أن هناك ثمة تشابها بين التأخير فى التنفيذ الكلى أو بين التأخير فى تنفيذ بعض الالتزام ، دون البعض الاخر فالامران مختلفان على الاقل اذا كان الالتزام فورى التنفيذ .

وبالرغم من الاختلاف الواضح بين التأخير فى التنفيذ وبين التنفيذ الجزئى ، فاننا نجد جانبا من الفقه [1] يرى عدم التفرقه بينهما مستندا فى ذلك إلى أن الوقت فى كلا الامرين يمثل حجر الزاويه فى تنفيذ الالتزام وفى تحديد قيمته . غير أننا نعتقد أن الخلاف بينهما جد ظاهر ـ لأن الامر فى التأخير سينتهى بالتنفيذ الكامل للالتزام ، فاذا منحت للمدين مهله للتنفيذ سواء كان ذلك من الدائن أو من القاضى ، فان المدين سيحصل بمقتضى تلك المهله على الزمن الذى كان ينقصه لتنفيذ التزامه تنفيذا كاملا . أما عدم التنفيذ الجزئى ، فانه يصيب كم المحل ويصير بسببه الالتزام ناقصا حتى بالرغم من منح المدين مهله للتنفيذ [2] الى جانب ذلك يمتاز بأنه أكثر خطوره من التأخير فى التنفيذ ـ ولذلك فانه لا يمكن القول بصفة قاطعه بأن التأخير فى التنفيذ يعتبر بمثابة عدم تنفيذ لأنه سيؤدى مع ذلك الى تحقيق الهدف الثابت والمحدد فى العقد وهو الوصول

---

(1) "Demage: trait des obligations 1932- t vl p, 246, ay reffichir,écrit - il en cas de retardd.il y a encore inexécution, partielle, car le temps est une chose oussi bien qu'une pierre ou un sac de blé, en ce sens qu'il est une valeur.

(2) انظر فى هذا المعنى سولد وزورشر الرساله السابقه فى الفسخ الجزئى ص ١٤٢ .

الى تنفيذ الالتزام كله • ويمكننا القول أيضا أن لكل منهما نوعا من التعويض خاصا به فى حالة الضرر[1] • الناتج عن أى منهما • فنجد أن عدم التنفيذ الجزئى يرتب تعويضا يقوم مقام التنفيذ ، ويطلق عليه تعويض عن عدم التنفيذ (les dommages intérêts compensatoires) أما التأخير فى التنفيذ ، فانه يؤدى الى تعويض تأخيرى les dommages intérêts moratoires) يقوم على اصلاح الضرر الناتج عن التأخير فى التنفيذ •

أما اذا امتزج التعويض عن التأخير والتعويض عن عدم التنفيذ بناء على واقعة الزامية واحدة فان هذا الامتزاج قد يؤدى الى وقوع بعض الصعوبات تحول دون الوصول الى حل عادل الا أنه فى الوقت الذى تتحقق فيه أسباب كل من التعويضين فان الحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ أو بفسخ العقد قد لا يكفى لجبر الضرر الناجم عن التأخير فى التنفيذ ومع ذلك يمكننا القول بأن التأخير يبقى فى كل الاحوال أقل خطورة من عدم التنفيذ فى حالة المطالبة بالفسخ الا أنه قد يحدث فى بعض الاحيان وفقا للمعيار الذاتى واحتراما لارادة الاطراف أن يقضى القاضى بالفسخ فى حالة هذا التأخير • وعليه يتعين علينا البحث فى حالة التأخير فى التنفيذ ، وهل يترتب عليه الفسخ أم لا ، وما مدى سلطة القاضى التقديرية فى مثل هذه الحالة •••••• لقد سبق أن قلنا ان التأخير فى التنفيذ يعتبر من حيث الجسامة أقل جسامة من عدم التنفيذ • وان قيام الفسخ فيه بحسب الاصل لا يعادل قيامه فى حالة عدم التنفيذ الا اذا ترتب على هذا التأخير ضياع مصلحة الدائن فى التنفيذ • والثابت أنه كلما كانت مدة التأخير أطول كان ضياع مصلحة الدائن فى التنفيذ اكثر احتمالا • وكذلك اذا كان ميعاد التنفيذ بمثابة عنصرا جوهريا فى العقد فان تجاهله يعادل عدم التنفيذ من حيث الخطورة لأن مصلحة الدائن ستضيع ، غير أنه من جهة أخرى لا يمكن القول بأن هناك تلازما دائما بين التأخير فى التنفيذ وضياع مصلحة الدائن من حيث مدى خطورة وطول التأخير •

---

(١) وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض الفرنسيه (بأنه اذا لم يكن هناك غرامة تهديديه موقعه على المدين ، ولم ينفذ المدين التزامه فى الميعاد ، فان التعويض عن التأخير قد يؤدى الى جبر الضرر الناتج عنه وقد يجتمع التأخير فى التنفيذ وعدم التنفيذ فى وقت واحد • لذلك لابد من النظر الى ارادة الاطراف والى الظروف المحيطه ، اذ قد يؤدى تقدير تلك الامور من قبل القاضى الى استبعاد التعويض عن التأخير والاقتصار فقط على التعويض الناتج عن عدم التنفيذ (١١ مايو ١٨٩٨ : داللوز ٨٨٩ - ١ - ٢١٠) كذلك قضى بأنه اذا كان هناك شرط جزائى فيما يتعلق بالتأخير عن التنفيذ ثم صدر حكم بالفسخ ، فان الشرط الجزائى لم يعد له قيمه - وهذا ما قالته محكمة النقض الفرنسيه

١٦٤ - ومع ذلك فقد تكون هناك ظروف يترتب عليها أن تأخيرا غير طويل من شأنه أن يصبح الاداء بسببه غير ذي منفعة للدائن ، في حين قد لا تترتب نفس النتيجه على تأخير اطول لعدم وجود مثل هذه الظروف وهذا يعني أن على القاضي واجب البحث في كل حالة على حده ، ليرى مدى ضياع مصلحة الدائن فقد يحكم بالفسخ وقد لا يحكم به أو قد يرى أن هناك امكانية منح المدين مهله للتنفيذ . كل ذلك بحسب سلطته التقديريه (١) . غير أنه يرى القاضي في بعض الاحيان بأنه ليس من المفيد فقط معرفة الضرر الذي حاق بالدائن بسبب تأخير المدين في التنفيذ ، وبالتالي معرفة مقدار ، والظروف التي جدت في أثنائه ، ولكن أيضا معرفة أي الاجزاء التي يتكون منها الاداء كان محلا للتأخير ، فاذا كان الالتزام ينفذ على فترات ، فان استغرق التأخير كل أو مجموع الالتزام أو الاداء كان فوات مصلحة الدائن أكثر يقينا مما لو وقع التأخير على جزء من الاداء فقط .

ومن جهة أخرى لا يمكن القول بأن كل أنواع الالتزامات من الممكن أن تكون محلا للتأخير في التنفيذ . فهناك التزامات لا يمكن أن يرد عليها التأخير كالالتزامات السلبيه ذات التنفيذ الفوري ، بحيث اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه السلبي ، فان هذا يعني أن المدين لم ينفذ التزامه كلية . أما اذا كان الالتزام السلبي ذا تنفيذ مستمر كالالتزام بعدم فتح محل تجاري في منطقة معينه ، فان خالف المدين هذا الالتزام وفتح المحل التجاري فان ذلك يعتبر عدم تنفيذ نهائي أيضا . وحاصل القول أن الالتزام السلبي سواء كان فوريا أو مستمرا فانه لا يتصور أن يرد عليه تأخير في التنفيذ بل عدم تنفيذ نهائي .

---

(١) وتجدر الاشاره هنا الى أن موقف القانون الالماني من التأخير في التنفيذ يختلف عن كل من القانون المصري والفرنسي فما تضمنه المواد ٢٨٢ ، ٣٢٦ من نصوص من شأنها أن تمتهد فكرة التأخير - ولذلك عندما أوجبت على الدائن تحديد مده ملائمه للمدين ، فاذا لم ينفذ المدين التزامه خلال تلك المده ، كان للدائن الخيار بين الفسخ والتعويض ، فالامكانيات التي وضعها القانون الالماني تحت يد الدائن للقيام بفسخ العقد لا تسمح على الاطلاق أن يكون هناك تأخير في التنفيذ ومن ثم الوقوع في مشاكله المعروفه من خضوع هذا التأخير لسلطة القاضي وأي المعايير التي تؤخذ في الاعتبار وتكون في نفس الوقت ملائمه لظروف وطبيعة العقد اذ يجب أن يحسم الامر عن طريق اعمال ارادة الدائن التي تعتبر في نظر هذا القانون الاراده الوحيده الجديرة بالحمايه والاحترام .

(٢) وقد تكون بعض الالتزامات بحسب طبيعتها غير قابله للتأخير في تنفيذها وان التأخر في تنفيذها يعتبر في حد ذاته عدم تنفيذ كلي ، من هذه الالتزامات ، عندما يكون محل العقد محتويا على اشياء سريعة الاختلاط أو حساسه تقبل التغيير وأنه لا يمكن تقديمهما من جانب المدين الى الدائن الا في الوقت المحدد والمتفق

بيد أن الامر الذى يهمنا من كل ماتقدم هو معرفة عمل القاضى وسلطته التقديريه فى حالة التأخير فى التنفيذ • ثم على أى المعايير يجب أن يسير فى البحث عن جسامة التأخير وذلك من اجل الوصول الى حل عادل للنزاع المطروح أمامه •

لقد علمنا سابقا بأن التأخير فى التنفيذ من حيث الجسامه يعتبر أقل درجه من عدم التنفيذ وأن القاضى فى حالة عدم التنفيذ سواء كان كليا أو جزئيا ينظر الى كم الالتزام ومقدار ماتنفذ منه (المعيار الموضوعى) ثم يقوم بتقدير هذا الكم بالنسبه الى نية الاطراف وعلى الاخص نية الدائن (المعيار الشخصى) فاذا ثبت له أن الكم لم ينفذ بصفة كليه فانه يقضى بالفسخ أما اذا تبين له أن الالتزام قد نفذ بصفة جزئيه ، فانه بحسب المعيار الموضوعى لابد من النظر فى مقدار هذا الجزء بالقياس الى مجموع الالتزام ، فاذا كان طفيفا فان ذلك لايكون مبررا للحكم بالفسخ بحسب هذا المعيار ، غير أنه قد يكون مبررا للحكم به بحسب نية الاطراف أى بحسب المعيار الذاتى (الشخصى) •

أما فى حالة التأخير فى التنفيذ ، فانه اذا كان هذا التأخير يشمل كل الالتزام فقد لايكون مبررا للحكم بالفسخ اذ لايزال تنفيذه ممكنا ـ الا اذا تأكد بحسب نية الاطراف ، أو بحسب طبيعة الشيء محل الالتزام ضرورة الحكم بالفسخ فى هذه الحاله لكن اذا كان التأخير منصبا على جزء من الالتزام ففى اعتقادنا يكون الامر أهون من الحالة السابقه اذ لايزال امكان التنفيذ واردا اذا كان المدين مستعدا لذلك • غير أنه اذا كان التأخير جسيما ، ويكون كذلك اذا ترتب عليه ضررا كبيرا للدائن • أو فاتت مصلحه فى الحصول عليه لأنه لم ينفذ فى الميعاد ، جاز الحكم بالفسخ فى هذه الحاله أيضا •

والخلاصه : هى أن الاصل فى التأخير أنه لايؤدى الى الحكم بالفسخ ـ ذلك لأنه يسهل علاجه عن طريق منح المدين مهله للتنفيذ، أما اذا تبين بحسب طبيعة العقد أو بحسب نية الدائن استحالة القيام بالتنفيذ ، جاز الحكم بفسخ العقد • لذلك يجب على القاضى فى كل تلك الامور أن يستعين بالمعيارين الموضوعى والشخصى معا لكى يصل الى حل يرضى الطرفين الى جانب أن الشروط التى يضعها الاطراف لتحديد أثر التأخير فى العلاقه التعاقديه ، تعتبر من العوامل الاساسيه لفسخ العقد من عدمه •

ثالثا : - ((حالة عدم تنفيذ الالتزام التبعي))

١٦٥ - لقد أسلفنا القول بأن عدم تنفيذ الالتزام سواء كان كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه ، يكون سببا للحكم بفسخ العقد اذا انصب ذلك على التزام رئيسي .

لكن مالحكم وما هو موقف القاضي اذا نشأ شيء من هذا القبيل ... عن التزام تبعي ؟ والالتزام التبعي هو ذلك الالتزام الذي يقصد منه تحقيق غاية عملية وثيقة الاتصال بالهدف الاساسي للعقد .(١)

ومن المعلوم أن الالتزامات الرئيسيه تختلف في معنى الفسخ عن الالتزامات التبعيه فالتزامات الرئيسيه لاتكون الا في العقود الملزمه للجانبين ، وذلك أن من خصائص تلك الالتزامات انها تقابل بعضها البعض ، وان كل منها يعتبر سببا في وجود الاخر وفي تنفيذه .

أما الالتزامات التبعيه فكما توجد في العقود الملزمه للجانبين ، توجد في العقود سواء ماكان منها ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد ، وسواء أكانت من عقود التبرع أو من عقود المعاوضات .

ففي عقود المعاوضات : كعقد البيع مثلا ، نجد أن الالتزام التبعي يتمثل في الالتزام بالتسليم وفي الالتزام بالضمان ، وفي عقود الايجار كذلك نجد أن الالتزام التبعي فيه يتمثل في ضمان العيوب الخفيه وفي بذل العنايه الطبيعيه والعاديه في استعمال العين المؤجره ، وكذلك القيام بوضع الاثاث أو البضائع أو المحصولات التي تكون قيمتها كافيه لضمان الاجره لمدة سنتين . من كل ماتقدم نصل الى هذا التساؤل : كيف يكون موقف القاضي عندما يعرض عليه نزاع يتضمن أن أحد طرفيه لم يقم بتنفيذ التزامه التبعي ، وعلى أي معيار يستند لتقدير مدى جسامة عدم التنفيذ ذلك الالتزام والمعروف أن كلا المعيار مسألة واقع يستقل القاضي بتقديرهما (٢) دون أن يخضع ذلك لمحكمة النقض .... للاجابه على ذلك نقول . أن الالتزام التبعي الذي لم ينفذ لايعادل بالنسبه لمجموع الالتزام بحسب المعيار الموضوعي الاقدرا بسيطا ، وبالتالي لايتطلب الامر الحكم بالفسخ

---

(١) انظر هذا المعنى عند بيكار وبرود وم Réaliser un fin prafique étroitement liée à l'elément spécifique au contrat.

(٢) انظر في نفس المعنى بلانيول وريبر واسمان ج ٦ فقره ٢٧٥ ، - السنهوري ج ١

... غير أنه بحسب المعيار الذاتي قد يكون الحكم بالفسخ جائزا اذ ترتب على عدم تنفيذ الالتزام التبعي عدم تحقق الغاية العمليه التي ارادها المتعاقدان أو التي تقتضيها طبيعة العقد . أو اذا ترتب عليه أيضا فوات مصلحة الدائن من الاداء الرئيسي ففي عقد البيع يكون الغرض الرئيسي فيه هو نقل الملكيه مقابل الثمن . غير أن هذا النقل لابد لكي يكون فكره عمليه وواقعيه أن يتم تسليم الشيء الى المشترى ، بمعنى أن ينتقل الشيء الى يد المشترى انتقالا واقعيا . وهذا ما أشارت اليه الماده ٢٠٦ من القانون المدني عند ما قالت الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظه عليه حتى التسليم ونعتقد أن انتقال حق الملكيه يستلزم أن يكون هذا الانتقال شاملا لجميع الخصائص التي جعلها القانون له بمعنى أن تظل لهذا الحق حقيقه وقيمه الملكيه فاذا ترتب على عدم القيام بتنفيذ الالتزام التبعي فقدان هذا الحق لخصائص تلك ، فان حق الملكيه يفقد غرضه العملي ، وباعتبار أن واقعية الحق تتجسد في تسليم الشيء محل الحق وان منفعته أو قيمة الملكيه يتجسد بقيام البائع بالضمان ، فان عدم التنفيذ من شأنه أن يؤدي الى الحكم بالفسخ ولو اقتصر عدم التنفيذ على احدهما دون الاخر (1) .

١٦٦ - والالتزام بالتسليم التزام تبعي ، كما ذكرت ذلك المذكره الايضاحيه للمشروع التمهيدي في قولها يتفرع على الالتزام بنقل حق عيني ، متى عين الشيء المقصود عليه التزام تبعي بالقيام بعمل يتمثل في وجوب تسليم الشيء . (2)

والمقصود بالتسليم هو نقل وضع اليد على الشيء من البائع الى المشترى ، ويكون على صورتين اما فعليا أو حكميا - ويترتب على تخلف البائع عن القيام بهذا الالتزام امكان فسخ البيع .

كذلك لو تأخر عن القيام بهذا الالتزام وبترتب على هذا التأخير فوات مصلحة الدائن من الاداء الرئيسي وهو انتقال الملكيه - فان للمشترى أن يطالب بفسخ العقد .

= ولا رقابه لمحكمة النقض عليه فيه . " نقض مدني ٢ فبراير ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ ص ١٧١ ، وقضت كذلك محكمة النقض بأن استظهار نية المتصرف مسأله موضوعيه لا دخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التي سردتها في حكمها والظروف التي بسطتها فيه تؤدي الى النتيجة القانونيه التي قررتها " نقض مدني ٢٥ مايو ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧ .

(1) انظر هذا المعنى في لبليته الرساله السابقه ص ٢١٢ -
Il feut assurer la réaleté et la valeur de la propriété

(2) مجموعة الاعمال التحضيريه ٤ ص ٦٧ الى ص ٦٩ .

فمثلا ، اذا اشترى شخص سياره لكي يقوم فيها برحله الصيفيه ، ولم يسلمه البائع السياره في الميعاد المحدد ، مما يترتب عليه فوات فرصته في القيام برحلته ، ومن ثم ضاع منفعته من الاداء الرئيسي ، وبناء على ذلك له الحق في المطالبه بفسخ عقد البيع [1] الا أنه في الحالات الاخرى التي لا يضيع على الدائن فيها مصلحته أو منفعته عندما يتأخر المدين في تنفيذ التزامه التبعي ، فانه ليس هناك من داع للمطالبه بالفسخ ، مثال ذلك اذا تعهد مؤلف بأن يقدم الى المطبعه في أوقات متفق عليها اجزاء الكتاب التي اشترت المطبعه حق طبعه ونشره ، فاذا طلبت المطبعه من القاضي الحكم بالفسخ نتيجة تأخر المؤلف في تنفيذ التزامه . فانه ليس للقاضي أن يجيبها فيما طلبته ، لأن الاسباب التي قدمها المؤلف تقوم على اساس أنه قد تأخر بسبب تنقيحات " Perfectionnement " وجد بأنها لازمه لانجاح الكتاب فضلا على أن مثل هذا الامر لا يمس ملكية المطبعه لهذا الكتاب [2]

١٦٧ ـ أما الالتزام بالضمان فهو أيضا كما سبق أن اسلفنا التزام تبعي ، اذ المعروف أن الالتزام الرئيسي للبائع هو أن ينقل الى المشترى ملكية المبيع بصفة نهائيه ، وهذا يقتضي أن يكون الشيء محل الحق غير قابل للاستحقاق من تحت يد المشتري ، كذلك يجب أن يكون الشيء خاليا من العيوب ، فاذا لم يتحقق هذا أو ذاك كله أو بعضه ، أي اذا لم يملك المشترى الشيء المبيع ، أو اكتسبه ولكن فقده لسبب سابق على البيع أو كان الشيء المبيع معيبا كان البائع مسؤولا عن ذلك ولو لم يصدر منه خطأ فاذا اكتسب المشتري الملكيه بسبب صحيح ثم زالت عنه كلها أو بعضها بسبب لاحق على عقد البيع للاستحقاق الكلي أو الجزئي فانه يجوز للمشترى أن يطالب بفسخ عقد البيع اذا كان الاستحقاق كليا فيرد المبيع ويسترد الثمن (م ٤٤٢) أما اذا كان الاستحقاق جزئيا أو مثقلا بتكليف فانه بحسب المعيار الموضوعي لا يستطيع القاضي أن يقضي بالفسخ اذا طلبه المشترى الا اذا أثبت هذا الاخير أن خسارته من ذلك الاستحقاق الجزئي قد بلغ قدرا من الجسامه بحيث لو كان يعلمه لما أتم العقد (م ٤٤٤) وذلك وفقا للمعيار الشخصي ، غير أنه من جهة اخرى نعتقد بأن جسامة عدم التنفيذ في الضمان تختلف بحسب الاحوال . اذ قد يكون قوام عدم التنفيذ تخلف صفه

---

(١) انظر في هذا المعنى لبليته الرساله السابقه ص ٢١٦ ، ومابعدها ، وانظر أيضا محكمة النقض الفرنسيه في ١٥ ابريل ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ ـ ٥ ـ ٧٨٢ .

(٢) لبليته الرساله السابقه ص ٢١٧ ، ومحكمة النقض الفرنسيه في ١٤ يوليه ١٨٦٨ داللوز ٦٩ ـ ٢ ـ ١٧٠ .

أو وجود عيب خفي مقداره في نظر المشترى جسيم ، فان على القاضي في ذلك أن يقوم وفقا لسلطته التقديريه بالتقدير فيما اذا كان تخلف الصفه أو وجود العيب من الجسامه بحيث يبرر الفسخ .

بمعنى آخر اذا كانت خسارة المشترى من تخلف الصفه التى كفلها البائع أو من وجود العيب قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، عندئذ يتعين على القاضي أن يحكم بالفسخ اذا طلب ذلك المشترى ، وفي هذا الصدد تنص الماده ٤٤٧ على أنه يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التى كفلها للمشترى وجودها فيه أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغايه المقصوده والمستفاده مما هو مبين في العقد ، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى أعد له . أما اذا كان مقدار تلك الجسامه التى تقوم على تخلف صفة كفلها البائع للمشترى ـ بسبب وجود عيب خفي يكون مقداره طفيفا ، فان الحكم هنا يختلف اذ توجد بعض العيوب أوجب القانون التسامح فيها اذا كان العرف يقضي بذلك وعلى هذا جرت الماده ٤٤٨ من القانون المدني ـ اما اذا كانت تلك النقائص لا تصل الى الحد المتسامح فيه من قبل العرف ، فيجب على المشترى أن يكتفي بقبول الشيء كما قدم له دون أن يكون له منازعه البائع في ذلك .

رابعا : ((حالة سوء النيه وأثرها في الحكم بالفسخ))

١٦٨ - يعتبر مبدأ حسن النيه من المبادىء الاساسيه التي يجب أن تسود تنظيم علاقة اطراف العقد ، اذ لايقتصر أثر المبدأ على مرحلة ابرام العقود بل يمتد الى تنفيذها وانقضائها [١] والثابت أن هذا المبدأ ينبع اساسا من مفاهيم الاخلاق ، تلك المفاهيم التي كانت تسود نظرية الالتزام لفترة طويله من الزمن ، وما زالت الى الان تنشر ظلالها على قواعد القانون ، وهذا مما دعا الاستاذ ريبر " Ripert " الى القول بأن القانون في شقه الاكثر تقنيه يبقى متأثرا بقواعد الاخلاق [٢] .

" le droit dans sa partie la plus technique reste domiré par la morale".

ويمكننا القول بأن مبدأ حسن النيه يجب أن يتفق مع مبدأ سلطان الاراده ، اذ أن تنفيذ العقد بالنسبه للأطراف يمثل الهدف الذى يسعى اليه كل منهم ، وهذا يعني أن حسن النيه لايظهر على الاطلاق كقاعدة فريده وساميه ، وانما هو نتيجة طبيعيه وضروريه لمبدأ سلطان الاراده ، بحيث يعطى للالتزام موقعه الطبيعي في دنيا التعامل . ولذلك نجد أن القضاء يتدخل ليس فقط لصلحة الطرف حسن النيه وانما أيضا لمحاسبة المتعاقد سيء النيه .

مما تقدم يتبين أن مجال عمل القاضي وسلطته التقديريه تتسع حتى ليجوز أن يحكم

---

(١) في هذا الصدد تقول المذكره الايضاحيه للمشروع التمهيدى بأنه " اذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع مايفرضه حسن النيه وما يقتضيه العرف من شرف التعامل ، وبهذا يجمع المشروع بين معيارين أحدهما ذاتي قوامه نية التعاقد ، وهذا مااختاره القانون الفرنسي والاخر مادى يعرف بالتعامل . وهذا ماأخذ به القانون الالماني - غير أن تلك المذكره ذكرت في تقريرها بأنه تم حذف المعيار المادى والاقتصار فقط على المعيار الذاتي ، ذلك لان في عموم تعبير حسن النيه مايغني عن المعيار المادى " مجموعة الاعمال التحضيريه ج ٢ ص ٢٩٠ .

(٢) أنظر ريبر في القاعده الاخلاقيه في الالتزامات " المرجع السابق الفقره ابتداء من ص ١ ومبدأ حسن النيه يعتبر من جهة اخرى مرادفا للاخلاق والامانه واحترام الكلمه المعطاه حتى أن سيشرون " Cicéron " يطلق عليه

manier d'agir comme d'honnetes gens

والمقصود بحسن النيه هو حسن النيه الموضوعي الذى يقتضيه شرف التعامل والثقه المتبادله ، وليس حسن النيه الشخصي الذى يرجع فيه الى الحاله النفسيه والشخصيه للمدين .

بالفسخ مهما كان مقدار عدم التنفيذ ضئيلا لا يبرر الفسخ عادة وذلك اذا كان المدين سيئ النيه . فاذا ارتكب أحد المتعاقدين عملا من شأنه أن يوجد جوا من الشك والريبه ، فان القاضي يلجأ في هذه الحاله الى فض العلاقه بينهما ولو كان عدم التنفيذ ضئيلا، اذ لم يعد يهم ماهو مقدار عدم التنفيذ ، بل مجرد مخالفه واجب حسن النيه ، فالقاضي في هذه الحالة لايجامل المتعاقد الحسن النيه بقدر مايعاقب المتعاقد السيئ النيه . (1)

١٦٩ ـ ولذلك فان الفسخ في اعتقادنا باعتباره جزاء يوقع على المدين عند اخلاله بواجب حسن النيه عند بدء التنفيذ أسهل في التطبيق من الفسخ الذى يحكم به القاضي بناء على الماده ١٥٧ ، باعتباره جزاء عدم التنفيذ . والسبب في ذلك أن تطبيق الحكم بالفسخ بناء على الماده السابقه تفترض أن يكون عدم التنفيذ ناتجا من خطأ المدين ، ومؤديا الى الحاق الضرر بالدائن ، ولذلك وجب على القاضي في هذه الحاله أن يبحث في مدى صحة طلب الفسخ ويعتد في نفس الوقت بالنتائج المترتبه عن عدم التنفيذ ، ويطبق القاعده المعروفه ، حيث لا مصلحه لادعوى pas d'entérêt pas d'action أما اذا تعلق الامر بسوء

---

(1) في هذا الصدد يقول سولد وزوشر " ان المحاكم الفرنسيه تأخذ في تقديرها لجسامة عدم التنفيذ بالمعيار الكمي criterieum quantitaif-tif أما في حالة سوء النيه فانها تأخذ بالمعيار الكيفي la criterium qualita- ، حيث لاينظر الى اهمية عدم التنفيذ وانما الذى يؤخذ في الحسبان نية التصرف la valeur d'l'act ويقول بأن الفقه الفرنسي فرق بين سوء النيه والتدليس وهو يشير الى قول الاستاذ جوسران " في مؤلفه البواعث في التصرفات القانونيه ص ٢٨٧ " الا أن التمييز فيهما ليس سهلا وهو في نفس الوقت غير مفيد لان كل من سوء النيه والتدليس ينطبق عليهما نفس الجزاء " وهو مسلك القضاء الفرنسي الذى لايفرق بينهما في العمل . انظر رسالته في الفسخ الجزئي ١٩٣٤ ص ١٢٥ ـ ويقول الاساتذه بلانيول وريبر وبولنجيه في وسيطهم ز جـ ٢ فقره ٤٥٥ ، ٤٥٧ " أن القاضي كما يمنع التدليس (dol ") في تكوين العقد كذلك يمنع الغش "" Froude في تنفيذه ، والتدليس والغش شيء واحد فهو تدليس عند تكوين العقد وهو غش عند تنفيذه "" ونعتقد بأن مسلك المدين واستقامة والمجهودات التي يبذلها في المحافظه على الوفاء بالتزامه في الميعاد لايمنع القاضي من الحكم بالفسخ اذا كان عدم التنفيذ من الجسامه بحيث يبرر الفسخ أما سوء النيه في تنفيذ الالتزام فانها تحمل القاضي على أن يحكم بالفسخ ولو كان عدم التنفيذ لايكفي عادة لتبرير الحكم به .

النيه في عدم التنفيذ فان القاضي لايتردد في الحكم بالفسخ، ولو كان هناك ثمة ضرر، وبذلك يعمل سوء النيه كسبب للفسخ قائم بذاته Cause propre de résolution (١)

أما المعيار الذى يجب على القاضي الاخذ به عند بحثه في سوء نية المدين ، فهو بالتأكيد معيار ذاتي كما ذكرت ذلك المذكره الايضاحيه للمشروع التمهيدى ، واذا كان للقاضي سلطة تقديريه في الحكم بالفسخ الجزئي رعاية لمصلحة المدين في حالة تمسك هذا الاخير بالفسخ الجزئي فانه لايستطيع من جهة ثانيه أن يجيب المدين سيء النيه لوطلب منه مثل ذلك ، اذ لاحق له في أن يستفيد من العقد ، وعندئذ يحكم القاضي بالفسخ الكلي للعقد ، الا اذا كان الدائن هو ضحية سوء نية المدين له مصلحه في الابقاء عليه ولم يطلب الفسخ الكلي (٢) .

ونصل في النهايه الى القول بأنه اذا كانت الشروط المتعلقه بالفسخ في حالة سوء النيه جد فسيحه الا أن آثارها محصوره ومقيده ، وباعتبار أن الفسخ قد ينشأ من وقت اقتران المدين بمسلكه الخاطيء الا أن تنفيذ المدين للالتزام أثناء نظر الدعوى من الممكن أن يؤدى الى استبعاد الفسخ . أما في حالة سوء النيه فان مثل الامر لايحدث على الاطلاق اذ لايسمح للمدين بالقيام بالتنفيذ أثناء نظر الدعوى ذلك لأن الذى يؤخذ عليه ليس الفعل المادى وهو عدم التنفيذ ، وانما هو الاعتداء على حسن النيه .

وقد يكون لمبدأ حسن النيه وجها آخر (٣) اذ كما هو معلوم أن الحمايه الاكيده يجب أن توجه الى الدائن بسبب سوء نية مدينه ، غير أنه رغم ذلك يجب حماية المدين من عسف الدائن، وليس معنى هذا الاخذ بما ذهب اليه الاساتذه بلانيول وريبير واسمان (٤) في أن حسن

---

(١) انظر في نفس المعنى سولد زوشر الرساله السابقه في الفسخ الجزئي ص ١٢٧ .

(٢) أيضا نفس المعنى في سولد زوشر الرساله السابقه ص ١٢٩ .

(٣) تذهب محكمة النقض الفرنسيه الى القول بأنه عندما يكون عدم التنفيذ كافيا أو خطيرا الى الحد الذى يبرر الحكم بالفسخ فان تدخل سوء النيه معه من شأنه أن يؤثر في حساب مقدار التعويض اذا كان هناك ضرر .
والجدير بالذكر أن القانون الالماني يعرف مبدأ حسن النيه في تنفيذ العقود راجع في هذا المبدأ وأثار مخالفته على العقد .
كونستانتيكو الرساله السابقه في الفسخ في القانون الالماني فقره ١٢٥ ص ٢٢٠ .

(٤) بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقره ٤٢٠ ص ٥٨٠ .

النيه يمنع الدائن من أن يطالب بالتنفيذ الكلي مادام التنفيذ الجزئي الذى حصل عليه يكـــون وفاء كافيا له . ذلك لاننا نعتقد أن مطالبة الدائن بتنفيذ الاداء كاملا لايعتبر فى كل الاحوال مخاليا أو متعسفا ، ولا يعتبر أيضا مخالفا لمبدأ حسن النيه ، فهو استعمال لحق مشـــروع له وخاصيه اذ لايمكن الزامه سواء بطريق القانون أو بطريق القضاء ، على الا يستعمل ذلـــك على سبيل البر والاحسان " a la chanté " (١)

وهكذا يتبين لنا من استعراضنا لمبدأ حسن النيه وأثره على عدم التنفيذ ، أنه لابـــد أن يشمل هذا المبدأ العقد منذ بدايته حتى نهايته حتى تستقيم المعاملات بين الناس .

ونقول بأن مبدأ حسن النيه وأثاره خير دليل على تحلفه قيام الخطأ من جانب أحـــد المتعاقدين أو كلاهما . وهذا يعنى أن الحكم بالفسخ يكون مبنيا على خطأ من جانب أحـــد أطراف العلاقه التعاقديه . مما يدعم ماذهبنا اليه سابقا من أن الفسخ لاينشأ الا اذا كـــان هناك خطأ من جانب المدين . وهنا نأتى على نهاية هذا الفصل بمباحثه الثلاثه ، والذى استعرضنا فيه الشروط العامه للفسخ والتى منها مسئولية المدين عن عدم التنفيذ ، ثم ماهيـــة عدم التنفيذ الموجب للفسخ . ومدى موقف المشرع المصرى من الاخذ بالمعايير التى ذهب الفقـــه اليها بصدد سلطة القاضى التقديرية .

---

(١) انظر فى نفس المعنى سولد زوشر الرساله السابقه ص ١٢٠ - ويقول الاستاذ السنهورى بأن الزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النيه يغنى فى بعـــض الاحوال عن الالتجاء الى نظرية التعسف فى استعمال الحق وأن المتعاقد الذى يحيد عن حسن النيه فى المطالبه بحقه يكون مسئولا على اساس المسئوليه العقديه لاخلالـــه بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النيه فى تنفيذ العقد قبل أن يكون مسئولا علـــى اساس المسئوليه التقصيريه للتعسف فى استعمال الحق " انظر الوسيط جـ ١ صـــ ٧٠٢ ، ٧٠٣ "

** الفصل الثانـــــــــي **

مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفســـــخ

ومدى حق المدين في التنفيذ اثناء دعوى الفسخ

نستعرض في هذا الفصل مدى استعمال الدائن لكل من دعوى التنفيذ ودعـــــوى الفسخ • وهل يترتب على استعمال احد الدعويين ضياع حقــه في الدعوى الاخــرى ثم ننتقل بعد ذلك الى موقف المدين ومدى قدرته على التنفيذ اثناء نظر دعـــــوى الفســـخ •

** المبحث الاول **

خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ

LE CHOIX ENTRE L'ENCECUTION ET LA RESOLUTION

١٧٠ ـ من استعراضنا للماده ١٥٧ تبين لنا بان الدائن يملك الحق فى الخيار ما بين المطالبه بالتنفيذ او بالفسخ عندما لا يقوم المدين بتنفيذ التزامه [١] فهل يترتب على استعماله احد الدعويين ضياع حقه فى الدعوى الاخرى .... ؟

فى القانون الرومانى لم يكن للشخص الحق فى ان يستعمل احد الدعويين فى حالة ما اذا استعمل الدعوى الاخرى ـ بمعنى اخر ان الدائن اذا اعمل حقه فى اختيار أحد الطريقين سد فى وجة الطريق الاخر [٢] ونفس الحكم فى القانون الفرنسى القديم فقد كان الخيار نهائيا اذ عندما يختار البائع على سبيل المثال المطالبة بالتنفيذ لا يجوز له بعد ذلك ان يرجع فى اختيارة ويطالب بفسخ عقد البيع ونفس الامر فى الحالة العكسية فاذا اختار المطالبه بالفسخ لا يجوز له ان يعود ويطالب بالتنفيذ .

وفى هذا الصدد يقول الاستاذ بوتييه [٣]

"Lorsque le vendeur a poursuivi l'acheteur pour le paiement du prix , il est sense avoire rénonce au droit que lui donne le pact".

وترجمته بانه عندما يرفع البائع على المشترى دعوى يطالبه فيها بدفع الثمن ، فان ذلك يعنى انه قد نزل عن الحق الذى يخوله اياه شرط الفسخ .

---

(١) فى هذا المعنى يقول ديمتريسكو : La partie envers laquelle l'obligation n'a pas etes executé, a le choix ou de forcer l'autre a l'ex écution de la convention, l'orsqu'elle est possible , ou d'en demender la résolution.

(٢) بوايية بحوث تاريخية فى فسخ العقد رسالة دكتوراه من تولوز ١٩١٤ ص / ١١١ ، ص ٤٥ بوريكان فى مقالة بالمجلة الفصلية ص / ٤٥ هامش رقم/ ١٦ نقلا عن نفس السفى ديمتريكو الرسالة السابقة ص / ١٢٢ .

(٣) بوتييه فى عقد البيع فقره ٤٦١ .

اما فى القانون الحديث فاننا نجد ان استعمال احد طرفى الخيار من جانب الدائن لا يعتبر نهائيا ، بمعنى ان الدائن لا يفقد حقه اذا اختار احد الطريقين ، فلا يمتنع عليه ان هو طالب بالفسخ ان يعود فيطالب بالتنفيذ ، كما انه لا يمنع ان طالب بالتنفيذ ان يعدل عن رأيه ويطالب بعد ذلك بالفسخ (١) .

والمعروف وفقا للقواعد العامه ان استعمال احد الدعويين من شأنه ان يستنفذ الحق فى استعمال الدعوى الاخرى ، اذا كان سبب كل من الدعويين واحد وكانتا تهدفان الى غاية واحده ، لكن الغاية من دعوى الفسخ ليست هى نفس الغاية من دعوى التنفيذ وتفصيل ذلك يقتضى منا الكلام عن اثر استعمال الدائن احد الدعويين على حقه فى استعمال الدعوى الاخرى .

فاذا بدأ باستعمال دعوى التنفيذ ، فان هذا لايمنعه من ان يعود فيرفع دعوى الفسخ وذلك لان لجوء الدائن الى القضاء يعتمد اعتمادا كليا على عدم تنفيذ المدين لالتزامه وعدم التنفيذ كما سبق ان اسلفنا يعتبر عنصرا جوهريا فى المطالبه او التمسك بالفسخ او المطالبه بالتنفيذ ، فما دام المدين لم يقم بالتنفيذ ، فلا يجوز ان يفقد الدائن حقه ، فى المطالبه بالفسخ .

اما اذا سلمنا بان المطالبه بالتنفيذ تعتبر نزولا من جانب الدائن عن حقه فى المطالبه بالفسخ ، فان ذلك مرهون بتنفيذ المدين لالتزامه ، اى ان هذا النزول يكون معلقا على شرط واقف وهو التنفيذ ، وبناء على ذلك لا يجوز للمدين ان يتمسك بهذا النزول طالما لم يتحقق الشرط (٢) ونلخص الى القول بان المطالبه بالتنفيذ لا يمكن بأى حال من الاحوال ان تعنى نزولا من جانب الدائن عن حقه فى المطالبه بالفسخ، فالفسخ بحسب طبيعة العقد الملزم للجانبين وبحسب رغبات الاطراف وحسن نيتهم يتميز بأنه ذو طابع احتياطى لا يلجأ اليه الا اذا تعذر على الدائن الحصول على التنفيذ من جانب المدين

---

(١) هذا وتجدر الاشاره الى ان القانون الالمانى يعطى للدائن الحق فى اللجوء الى فسخ العقد بعد ان يصبح عدم تنفيذ الالتزام مستحيلا فى جانب المدين ، وهذا يعنى بانه يجب ان يطالب فى البداية بالتنفيذ اذا ما استعصى عليه الامر له الخيار بعد ذلك اما المطالبه بالفسخ او المطالبه بالتعويض ، ومن جانبه يشير ديمتريسكو الى موقف القانون الاسبانى فى الماده ١٨٨٦ بقوله بأن للدائن الحق عندما لا ينفذ المدين التزامه ان يطالب بفسخ العقد بعد المطالبه بالتنفيذ اذا ما اصبح مستحيلا

"La partie envers lauelle l'obligation n'a pas été executé "pourra en ce cas demander la résolution apres avoir demander l'exécution , si elle est devenue impossible

(٢) انظر فى نفس المعنى عبد الحى حجازى المقال السابق العدد الثانى فقره ٢٨ السنه

اذ لا يمكن على الاطلاق وهذا هو الاهم ، ان يترتب على محاولة الدائن اذا ما بدأ في المطالبه بالتنفيذ ان يحرم بعد ذلك من المطالبه بالفسخ . وكما يقول لبليتيه[1]
"L'option qu'ouvre l'article 1184 est etablie dans son intérêt et ne saurait tourner contre lui ".

١٧٢ - وقد اثير التساؤل في هل يستطيع الدائن ان يعدل عن طلب التنفيذ امام محكمة اول درجة الى طلب الفسخ . اذا ما كانت تلك المحكمة تنظر الدعوى المقامه امامها بالتنفيذ .

في اعتقادنا يجوز للدائن ان يعدل عن طلب التنفيذ الى طلب الفسخ ما دام أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه .

صحيح ان قواعد المرافعات قد تعارض ذلك لان نطاق الخصومه يجب ان يتحدد بصحيفة افتتاح الدعوى بحيث تشتمل على جميع الطلبات التي تراعي مصلحة الدائن فاذا تحدد مثل هذا الامر فلا يجوز له في الاصل كما يقول موريل[2] ان يغير موضوع طلبه ولا ان يضيف اليه طلبات جديده الا انه من الممكن ان يرد على هذا الاعتراض بان الشارع قد قدر في بعض الاحوال . وبشروط معينه الا يحرم المدعى من فرصة تعديل طلباته بما يتفق مع ما آلت الية العلاقة القانونية فأجيز له ان يبدى اثناء نظر الخصومه القائمه طلبات عارضه .

كما اشارت الى ذلك المادة ١٢٤ من قانون المرافعات الجديد عندما قالت بأن للمدعى ان يقدم في الطلبات العارضه ما يتضمن تصحيح الطلب الاصلى او تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى - وكذلك ما يكون مكملا للطلب الاصلى او مترتبا علية او متصلا به اتصالا لا يقبل التجزئة (الفقره الاولى والثانيه) وطلب الفسخ يعتبر متصلا بطلب التنفيذ الوارد في صحيفة الدعوى عن طريق وحدة الواقعة التي يستند اليها كل منهما وهي عدم تنفيذ العقد .

---

(١) لبلتية الرساله السابقة ص/ ٢٢٢ وانظر ايضا في نفس المعنى الاستاذ / جميل الشرقاوى مصادر الالتزام هامش ص/ ٣٨٨ .

(٢) موريل الاجراءات المدنية الطبعه الثانيه ص/ ٦١ فقره ٣١١ .

وقد يعترض على ما نقول بأنه كيف يمكن القول بذلك ما دام ان الفصل في طلب التنفيذ لم ينته . اذ الاصل في العقود التنفيذ وطالما ان هناك امكانية التنفيذ ، يجب البحث في كل الظروف للوصول الى تحقيقة . ومن جهة اخرى يملك القاضي في كل ذلك سلطة تقديرية واسعة . حتى ولو تقدم الدائن في البداية بطلب الفسخ فقد لا يجيبه القاضي فيما طلبه اذا رأى امكانية الحصول على التنفيذ .

كذلك قد يعترض على ما نقول بان الدائن اذا اقتصر في دعواه على طلب التنفيذ فلا يجوز له اثناء سير الخصومه ان يطلب الفسخ حتى لا يخل بالعقد القضائي في الدعوى وبالتالي حتى يستقيم الامر لا بد أن يرفع دعوى جديده بعد ان ينزل عن دعوى التنفيذ لما بينهما من تعارض[1] والسبب في ذلك ان تقديم الطلبات من جانب المدعي الدائن وبالتالي الرد عليها من المدين المدعي علية ينشئ نوع من الارتباط بين على كل منهما جوهرة طلبات المدعي الاساسية التي احتوتها صحيفة افتتاح الدعوى .

الا انه من الممكن في اعتقادنا الرد على تلك الاعتراضات ، بالقول ان فكرة الطلبات العارضة demandes incedentes التي نص عليها المشرع لاتتعارض مع مفهوم الدعوى باعتبارها عقدا قضائيا وذلك اذا كانت هناك اسباب تستدعي تقديمها ، منها مثلا تعنت المدين الواضح في عدم القيام بتنفيذ التزامه . اضافة الى ذلك ان القاضي لا يستطيع ان يقضي بالفسخ الا اذا طلبه الدائن . ثم ان فكرة التعويض للمطل محل التنفيذ قد لاتجدي في تحقيق مصلحة الدائن . وان الامر كما هو معلوم يعود الى الغرض الاساسي من الفسخ . ذلك لان المشرع عندما اجاز الفسخ كان يهدف من ورأيه ان يعطي الدائن وسيلة ضامنه للحماية يستعملها عندما يتبين عدم جدوى الوسيلة الاخرى وهي التنفيذ العيني . فالوسيلتان تستهدفان في الاساس مصلحة الدائن ، فاذا قصرت احداهما عن ان تحقق للدائن الغاية التي يقصدها ، جاز له ان يعمل على حماية مصلحته عن طريق الوسيلة الاخرى .

ونضيف الى ما تقدم الى ان الدائن الحريص على مصلحته يجوز له ان يضمن صحيفة الدعوى المرفوعه امام المحكمة بطلب التنفيذ بصفة اصلية وطلب الفسخ بصفه احتياطية حتى يتسنى للقاضي ان يقضي له بما يراه ضروريا لتحقيق مصلحته سواء كان بالتنفيذ او بالفسخ

---

(١) انظر في هذا المعنى دي باج جـ ٢ ص ٧٩٦ .

لكي يتمكن الدائن بعد ذلك اذا تطلب الامر ان يستأنف الحكم امام محكمة الاستئناف خوفا من ان تثار مسأله الطلب الجديد امام تلك المحكمه .

١٧٢ - واذا كان الامر جائزا فيما يتعلق بمقدرة الدائن على الانتقال من طلب التنفيذ الى طلب الفسخ امام محكمة أول درجة . فكيف يكون الحال اذا كان النزاع امام محكمة ثاني درجة (الاستئناف) وهي تنظر في دعوى التنفيذ . أيجوز للدائن ان يتقدم بطلب الفسخ امام هذه المحكمه ....؟ .

تقول الماده ٢٢٥ من قانون المرافعات الجديد بانه لا تقبل الطلبات الجديده في الاستئناف وتحكم المحكمه من تلقاء نفسها بعدم قبولها .

مما تقدم نتساءل هل عندما يتقدم الدائن امام محكمة الاستئناف وهي تنظر الطلب الخاص بدعوى التنفيذ بطلب فسخ العقد يكون قد خالف نص الماده ٢٢٥ السالف الذكر ومن ثم يتعين علية الرجوع الى محكمة اول درجة لتتقدم امامها بدعوى الفسخ ....

يذهب جانب من الفقة الى القول بجواز تقديم طلب الفسخ لاول مره امام محكمة الاستئناف(١) مستندا في ذلك الى ان طلب التنفيذ وطلب الفسخ وجهان لحق واحد . ناشيء عن عدم تنفيذ المدين المدعى علية . وليس للفسخ من هدف الا اصلاح الضرر الناشيء من خطأ ارتكبة المتعاقد الاخر .

غير اننا نعتقد ان ما ذهب الية هذا الجانب في تبرير رأية ليس بكافي . ذلك لان طلب التنفيذ وان كان يتفق مع طلب الفسخ من ناحية السبب (وهو عدم التنفيذ) الا انه يختلف معه حيث الموضوع فطلب التنفيذ يكون موضوعه الابقاء على العلاقة التعاقدية والحمل على اتمامها . اما طلب الفسخ فموضوعه انهاء العلاقه التعاقدية .

والمعروف في قانون المرافعات ان الطلب الجديد هو الذي يختلف عن الطلب الاصلي من حيث الموضوع او من حيث السبب . وطالما ان طلب التنفيذ يختلف عن طلب الفسخ من حيث الموضوع لا مانع من القول بان طلب الفسخ امام محكمة الاستئناف يعتبر طلبا جديدا . ما كان جديرا للتقدم به امام محكمة الاستئناف وبالتالي يتعين العوده الى محكمة أول درجة لرفع دعوى جديده بالفسخ .

---

(١) انظر في هذا المعنى عبدالحي حجازي المقال السابق العدد الثاني فقره ٤٢ .

واذا كان المشرع فى قانون المرافعات قد استثنى من قاعدة عدم جواز ابداء طلبات جديده لاول مره امام محكمة الاستئناف ، حالة تغير السبب الاصلى بشرط ان يبقى الموضوع على حالة ، فذلك يعنى بانه يحرص حرصا شديدا على عدم تغيير موضوع الطلب عنه فى حرصة على عدم جواز تغيير سببه[1] . الا ان الاستاذ الدكتور / عبدالحى حجازى يرى بالرغم من ذلك ، جواز مثل هذا الامر للتقدم به لاول مره امام محكمة الاستئناف ـ مستندا فى ذلك على نص الماده ١٥٧ من التقنين المدنى المتعلقة بالفسخ ، حيث يقول بأن تلك الماده تعتبر استثناء من الماده ٢٢٥ من قانون المرافعات التى تحرم تقديم الطلبات الجديده امام محكمة الاستئناف غير اننا نعتقد ان الامر على خلاف ذلك لاننا سبق ان قلنا ان طلب الفسخ يختلف عن طلب التنفيذ من حيث الموضوع وبالتالى يعتبر طلب جديدا ، لا يجوز تقديمه لاول مره امام محكمة الاستئناف وليس هناك من استثناء لهذه القاعده . وليست عباره جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او ان يطالب بفسخه ، تسوية لطلب الفسخ بطلب التنفيذ ، فمسألة الخيار الممنوحة للدائن تعنى التسوية بين الطلبين فى ذهن الدائن صاحب المصلحة ، يراها وفق يشاء فيختار احداهما دون الاخرى وليست تسوية فى نطاق اجراءات المرافعات التى حددها القانون ورسم خطوطها .

١٧٣ ـ اما الحاله الثانيه التى يبدأ فيها الدائن المطالبه القضائية بالفسخ .. فهل يجوز له بعد ذلك ان يطالب بالتنفيذ أم لا ....؟ .

لقد اسلفنا القول بان الاصل فى العقود التنفيذ ، وان المطالبه بالفسخ امام القضاء لا تعنى ان يصدر الحكم بالفسخ تلقائيا بل ان القاضى يملك فى ذلك سلطة تقديرية واسعة فاذا صدر منه حكم بالفسخ فان هذا الحكم يعتبر حكما منشئا وليس مقررا . غير ان القاضى من جهة ثانية قد يرفض الحكم بالفسخ اذا وجد لدى المدين المقدره على التنفيذ ـ او ان عدم التنفيذ كان من قلة الشأن بحيث لا يستدعى الحكم به .

(١) فى مقالة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية يذهب الدكتور عبد الحى حجازى الى القول بان الفقه والقضاء فى فرنسا وفى ايطاليا لم يمنع من الاخذ بجواز تقديم طلب الفسخ لاول مره امام محكمة الاستئناف ، ويقول بانه يشفع لذلك الاتجاه بان الطلبين على ما بينهما من خلاف وفقا للقواعد التقليدية فى وحدة الدعاوى يشتركان فى عنصر جوهرى وهو الغرض الاقتصادى الذى يستهدفه كل منهما

او يرى بان الفسخ الجزئي خير وسيلة لعلاج الحالة المعروضه امامه وتعني مما تقدم ان المدعي الدائن سواء تقدم في البداية بطلب الفسخ او بطلب التنفيذ ، فان على القاضي واجب التحقق في امكانية التنفيذ من عدمه . وعليه فان مقتضى طبيعة الامور أن يتساوى طلب الفسخ مع طلب التنفيذ في اجبار المدين على التنفيذ باعتباره الاصل ولكن بطريقة غير مباشرة وقد سبق ان قلنا بخصوص طبيعة الفسخ ان مسلك الدائن في اللجوء الى القضاء عن طريق دعوى الفسخ هو وسيلة فعالة لا رغام المدين على القيام بتنفيذ التزامه على اعتبار ان القاضي قد يرى بحسب الظروف ان المدين يستطيع القيام بالتنفيذ حتى ولو بعد حين عندما يقضي للمدين بمهلة اضافية يراها ملائمة له بحيث تساعده على القيام بالتنفيذ . ومسلك الدائن في طلب الفسخ هو كما سبق ان قلنا وسيلة ضمان لتنفيذ العقد بطريق غير مباشر لذلك فان المطالبه بالتنفيذ بعد المطالبه بالفسخ لن تمكنه من الحصول عليه لكن كما اسلفنا لا يقضي القاضي بالفسخ الا اذا طلبه الدائن . فاذا تبين له ان لا جدوى من الحكم بالتنفيذ على المدين وان الحكم بالتعويض محل التنفيذ قد لا يحقق مصلحة الدائن فكان الاولى به ان يقضي بالفسخ ويكون للدائن ايضا كما اسلفنا ان يضمن طلبه الاصلي بالفسخ طلب آخر احتياطيا بالتنفيذ حتى يستطيع ان يحصل على ما يريده . اما فيما يتعلق بالاستئناف فان نفس الامر السابق الذي اثرناه بخصوص بدء المطالبه بالتنفيذ ينطبق على هذه الحالة اذ يعتبر طلب التنفيذ امام محكمة الاستئناف طلبا جديدا ومن ثم يحرم على الدائن التقدم به طبقا للماده ٢٢٥ من قانون اجراءات المدنية لاختلافه مع طلب الفسخ من حيث الموضوع وبالتالي من غير الجائز التقدم به لاول مره امام محكمة الاستئناف .

= تغيير الطلب امام محكمة أول درجة هو أن يحمي مصلحة الدائن حماية سريعة فالاولى أن يجوز له ذلك امام محكمة الاستئناف ذلك لان امتداد العلاقة التعاقدية التي تربط الدائن بالمدين المقصر . لا يكون من ورائة الا تهديد مصلحة الدائن بالضرر الذي يحتم معه حماية سريعة لا يتحقق بسهولة إذا اخطرنا الى رفع دعوى جديده نطالب فيها بالفسخ (العدد الثاني من مقاله فقره ٥٢) .

(٢) وهكذا يعود الاستاذ / عبدالحي حجازي في هامش ص ٨٦ عن رأية فيقول بانه الا سلم بالنسبه للمدعي ان يضمن صحيفة افتتاح الدعوى بصفة احتياطيه طلب الفسخ حتى لا تثور مسألة الطلب الجديد امام محكمة الاستئناف فيما لو طلب بالفسخ امامها .

** المبحث الثانـــــي **

موقف المدين ومدى قدرتـــــــه على التنفيذ اثناء نظر دعوى الفســـخ

١٧٤ ـ بعد ان فرغنا من الكلام عن امكانية الدائن ومدى خيارة في المطالبـــــــــه بالتنفيذ او بالفسخ يجدر بنا الان ان نتكلـم عن المدين ومدى موقفة في حالــــــة المطالبه بالفسخ • هل يستطيع ان يقوم بالتنفيذ اثناء نظر الدعوى امام محكمـــــة اول درجة • وهل يستطيع ايضا ان يقوم بذلك لو استأنف الحكم الصادر ضده بالفسخ •

الثابت كما اسلفنا ان الحكم الصادر بالفسخ يعتبر حكما منشئا • وليس كاشفــــا او مقررا • فهو هـن على القاضي • دون ارادة الطرفين • اذ لا يعتبر الحكـــم نهائيا الا من وقت الحكم به وحيازته لقوة الشيء المقضى به مؤيد في الاستئناف • وهــذا يعني بان العقد يظل باتيا حتى صدور الحكم النهائي بفسخه • وتجدر الاشـــــاره هنا الى ان الفقه[1] والقضاء[2] في مجموعة على اتفاق هذه الاحكام ففي هذا الصــــدد يقـول لبلتيـــه :

---

(١) لوران ج ١٧ فقره ١٢٥ • ـ لا رويير ج ٣ المادة ١١٨٤ فقره ٤٦ • ـ ديمولوب ج ٢٥ فقره ٥١٥ • ـ ٥١٧ • ـ هيك ج ٧ فقره ٢٧١ • ـ ابرى ورو ج ٤ فقره ٢٠٢ ص / ١٢٠ وتعليق رقم ٨٢ مكرر • ـ بودري لاكترى وبارد ج / ٢ فقره ٩٢٧ • ـ بودري لاكترى وكولان ج ١ فقره ١٢٥٢ • ـ وفقره ١٢٥٤ • ـ بلانيول وريبير واسمان ج ٦ فقره ٤٢٦ • ـ كولان وكابتان ج ٢ فقره ١٥٢ • ـ بيكار وبرودم المقال السابق بالمجلة الفصلية ١٩١٢ ص ١٠٩ • ـ لبليتيـــــه الرساله السابقه في الفسخ القضائي فقره ٢٢٥ ص ٤٩ • ـ السنهوري ج / ١ الوسيط الطبعه الثانية فقره ٤٧٩ ص ٧٩٨ • ـ حشمت ابو ستيت مصادر الالـتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٢٤٤ • انورسلطان مصادر الالتزام الطبعة الاولـى فقره ٢٦١ ص / ٢٥٨ • ـ سليمان مرقص نظرية العقد ١٩٥٦ فقره ٢٢٩ ص/ ٤١٧ • عبدالمنعم فرج الصدة مصادر الالتزام ١٩٥٨ فقره ٢٧٤ ص / ٤١٢ ـ عبدالمنعم البدراوي مصادر الالتزام ص ١٩٦٨ ص/ ٥٤٨ عبدالحي حجـــازي مقاله في مجلة القانون والاقتصاد العدد الاول السنه الثانية ١٩٦٠ فقـــــره ٧٥ • ـ دي باج فقره ٨٨٧ ص / ٧٩٧ جميل الشرقاوي مصادر الالــــتزام ص / ٣٨٨ •

(٢) نقض مدني فرنسي في ٢٧ مارس ١٩١١ داللوز ١٩١٥ ـ ١ ـ ٩٩ حيـــث قالت محكمة النقض بانه لما كان فسخ العقد الملزم للجانبين. لا يحصل بقـــوة القانون فانه يجوز تنفيذ العقد ...

يستطيع المدين ان يقوم بتنفيذ التزامه اثناء نظر دعوى الفسخ فى محكمة اول درجة حتى صدور الحكم فيها اما اذا كان هناك طريق من طرق الطعن التى تطرح المسأله من جديد امام القضاء (معارضه او استئناف) فيستطيع ايضا ان يقوم بالتنفيذ اثناء نظر النزاع امام هذه المحكمه الجديده •[1]

---

(1) Il peut satisfaire â ses engagements en premien instance jusqu'au jour du jagement, s'il exerce une voie de recours telle que l'appel oul'cpposition qui remet tout en question, il peut encore valablement exécuter pendant cette nouvelle instance".

(وانظر تعليق سيزار برى سيرى ١٩١٢ ـ ١ ـ ٢٨٩ • ـ نقض مدنى فرنسى ٢٠ نوفمبر ١٩٤٩ جازيت دى باليه ١٩٥ ـ ١ ـ ٢٨ • اما فى مصر نقد قضت محكمة الاستئناف الوطنيه بانه يسوغ للمستأجر ان يمنع الحكم بفسخ الايجار اذا عرض عرضا حقيقيا دفع المبلغ المستحق قبل الحكم النهائى ٢٢ يناير ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ص ٢٨٢ مشار الى هذا الحكم فى كل من السنهورى المرجع السابق هامش ص ٧٩٨ • وعبدالحى حجازى المقال السابق هامش ص ٢٨ العدد الاول سنة ١٩٦٠ وقضت محكمة الاستئناف ايضا بان فسخ عقد البيع فى حالة تأخر المشترى عن دفع الثمن لا يكون تلقائيا بل لابد من صدور حكم بالفسخ ولذلك يكون للمشترى الحق فى ان يدفع الثمن قبل صدور الحكم • كما ان حق المشترى لا يسقط الا اذا كان الحكم نهائيا • وله ان يدفع الثمن بعد صدور الحكم الابتدائى وقبل صدور الحكم من محكمة الاستئناف اذا استوئف الحكم • وحيث ان المشترى قد اودع خزينة المحكمة ما كان باقيا فى ذمته من الثمن قبل صدور حكم محكمة الاستئناف بل قبل جلسة المرافعة فى الدعوى امام محكمة الاستئناف وحيث انه لا يحتج بان الدفع حصل بعد حكم محكمة الاستئناف • لان هذا الحكم قبل فيه الاستئناف باعادة النظر • وبقبول هذا الالتماس اصبح حكم محكمة الاستئناف كان لم يكن والحكم فى الالتماس صير الخصوم والدعوى على حالتها التى كانت فيها عند الاستئناف الحكم الابتدائى ـ ولهذه الاسباب حكمت المحكمة فى الموضوع بصحة عرض المبالغ المودعه خزينة المحكمة (استئناف ٢٥ مايو/ ١٩٠٥ المجموعه الرسمية السنه السابعه ص ١٠٢ رقم ٤٩) وقضت محكمة الاستئناف ايضا فى ٩ يناير بانه اذا لم يشترط صراحة فى عقد البيع بان عدم دفع الثمن فى الميعاد المحدد يترتب عليه فسخ العقد بحكم القانون • فان هذا الفسخ لا يقع الا بموجب حكم قضائى وللمشترى ما لم يصدر حكم نهائى ان يحول دون الفسخ • بدفع باقى الثمن (المجموعه الرسميه س ٤٢ ص ٦٩) فى نفس المعنى ايضا محكمة الاستئناف الوطنيه • ٢٠ ديسمبر ١٩٢٩ المجموعه الرسميه ٢٩ رقم ٢٩ / ٢ • محكمة الاستئناف المختلطة ٢١ ديسمبر ١٩١٧ م ٢٠ ص ١١٤) وقضت فى نفس المعنى محكمة بنى سويف بتاريخ ١٢ ابريل ١٩٢١ بان الفسخ لا يقع بذاته ولكن بحكم من القضاء والى ان يقضى بالفسخ يحق للمدين ان يقوم بالوفاء (المحاماه س ١٢ ص ٢٠٢ رقم ١١٢) غير انه كثيرا من احكام القضاء المختلط كان يذهب الى عكس ذلك • ولا تجعل للمدين الحق فى تجنب الفسخ بان ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائى

وهكذا يتضح لنا بانه اذا اثير النزاع امام محكمة اول درجة عن طريق قيام الدائن بالمطالبه بالفسخ نتيجة عدم تنفيذ المدين ، وكان للمدين الحق في ان ينفذ التزامه امام هذه المحكمة فاذا صدر الحكم بالفسخ وسلك المدين احدى الطرق المعروفة كالمعارضة والاستئناف ، او التماس اعادة النظر ، جاز له ايضا ان يقوم بالتنفيذ امام هذه المحكمة الجديده ، بل وله ان ينفذ بعد انتهاء المهله القضائية التى منحها اياه القاضى (نظره الميسره) فى الحاله التى يحكم فيها هذا الاخير بالفسخ بعد انتهاء تلك المهله[1] ونضيف الى ما سبق بان جواز ذلك التنفيذ مرهون بحماية مصلحة الدائن بمعنى ان وفاة المدين قبل صدور الحكم النهائى ، يتوقف على عدم الاضرار بالدائن من هذا التنفيذ المتأخر وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصريه بأن عدم اشتمال العقد على الشرط الفاسخ الصريح من شأنه ان يجعل للمشترى دفع الثمن ولو بعد انقضاء الاجل المحدد فى العقد بل وبعد رفع دعوى الفسخ ، ويكون هذا الوفاء مانعا من اجابة طلب الفسخ ومقتضى هذا انه لا يجوز للقاضى ان يحكم بالفسخ رغم عرض المشترى الوفاء عرضا حقيقيا على البائع ما لم يتبين للقاضى لاسباب سوغة ان هذا الوفاء مما يضار به الدائن[2] ويعنى ذلك ان التنفيذ المتأخر ما دام لا يضار به الدائن ، فانه يمحو عدم التنفيذ الذى هو شرط للفسخ وبالتالى لا يقع الفسخ .

— قضت بانه اذا كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطا فاسخا ضمنيا فللمشترى — الى ان يصدر الحكم النهائى بالفسخ الحق فى توخى الفسخ بدفع الثمن (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٤٦ مجموعة عمر للقواعد القانونية جـ ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) وقضت فى نفس المعنى ايضا بتاريخ ٢١ فبراير ١٩٥٧ اذ قالت بانه لا يعتبر عقد البيع فى ظل القانون المدنى القديم والجديد على السواء مفسوخا اعمالا للشرط الفاسخ الضمنى بمجرد تخلف البائع او المشترى عن القيام بالتزامه بل يتعين لكى تقضى المحكمة باجابة من يطلب الفسخ الى طلبه ، ان يكون قرينه على الطرف الاخر بالوفاء حتى صدور الحكم النهائى بالفسخ فاذا قام المدين بتنفيذ التزامه امتنع قانونا جواز الحكم بالفسخ (مجموعة النقض السنه الثانية العدد الاول ٢٥ ص ١٥٨ وكذلك فى نفس المعنى نقض مدنى ٨ نوفمبر ٦٢ نفس المجموعه رقم ١٥١ ص ٢٩٢ .

(١) ليلتيه — الرسالة السابقه ص ٤٩ —

(٢) انظر فى هذا المعنى حشمت ابو ستيت حيث يقول (بان صدور حكم غير نهائى فى الدعوى لا يسلب المدين الحق فى توقى الفسخ اذ ما دام ينفتح باب النظر فى الدعوى نتيجة معارضة او استئناف مثلا فللمدين ان يقوم بالتنفيذ العينى — (المرجع السابق ص ٢٤٤) ويقول الاستاذ / السنهورى بان للمدين قبل النطق بالحكم النهائى

١٧٥ — وبالرغم من الاجماع الفقهي والقضائي على جواز التنفيذ المتأخر ، نجد ان ثمة اتجاها من جانب بعض الفقه في ايطاليا ، مؤيدا في ذلك من محكمة النقض هناك[1] ، يذهب الى القول (بان التنفيذ المتأخر من جانب المتعاقد المقصر لا يجوز بعد طلب الفسخ الذي يقدمه المتعاقد الاخر الى القاضي ، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض الايطالية بان الفسخ من الممكن تفاديه بالتنفيذ المتأخر ، بشرط حصول هذا التنفيذ قبل المطالبه القضائيه[٢]

وتجدر الاشاره الى ان القانون الايطالي الجديد قد اخذ بهذا الاتجاه فنص في المادة ١٤٥٢ / ٣ على انه (ابتداء من تاريخ طلب الفسخ لا يجوز للمدين المقصر ان ينفذ التزامه) .

ويستند هذا الجانب من الفقة الايطالي في تبرير ما ذهب اليه بالاتي : —

أولا : —

ان اساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني ، ومن ثم فان عدم التنفيذ احد الاطراف للعقد في الميعاد ، او لم يعرض التنفيذ، يعتبر الشرط متحققا وينفسخ العقد ، وما دور القاضي بعد ذلك الا دور ثانوي ، اذ يكون حكمة مقررا وليس منشئا ، باعتبار ان الحكم الصادر بفسخ العقد ينتج اثاره لا من يوم صدور الحكم بالفسخ ، بل من يوم حلول ميعاد التنفيذ او بالاخرى من يوم انعقاد العقد على نحو ما يحدث عند تخلف احد شروط العقد ......

ثانيا : —

ان القاعده في الفقه الاجرائي هي ان حكم القاضي يرجع باثرة الى وقت رفع الدعوى وان مدة النزاع لا يجب ان تضر بالمدعي علية ، ذلك لان الدائن قد اكتسب الحق في اعتبار العقد مفسوخا من يوم طلب الفسخ ، عند توافر شروطة وحاصل هذه الحجة ان حق المدين في التنفيذ المتأخر يجب ان يوقف بعد رفع دعوى الفسخ ما دام الدائن لم يوافق على هذا التنفيذ . ويستمر هذا الوقف حتى

= التاريخي لنظام الفسخ امرا تقره الانظمه القانونية القديمه ابتداء من نظم المدن الايطالية الى الشراح اللذين كانوا اقرب المصادر التي الهمت قانون نابليون (بوتية عقد البيع فقره ٤٧٥ — مشار اليه في بوريكان المقال السابق ص ٤٢٧/ هامش رقم ٢٣) .

يتبين للقاضي ما اذا كانت شروط الفسخ متوافره ، فاذا لم تكـــن متوافره فانه يبحث في طلب التنفيذ الذى يكون المدين قد عرضـــه وعندئذ يحكم علية بالتنفيذ فورا او بعد انقضاء مهلة يمنحها لـه .

وقد رد على هذه الحجة بانه اذا كان صحيحا ان حكم القاضي يرجع باثرة الى وقـت وقع الدعـوى فان الصحيح ايضا ان المتعاقد الذى رفع دعوى الفسخ يقتصر فقط فــي دعواه على مباشرة حقة في المطالبة بالفسخ ، دون أن يكون له ان يحدد مركزه أو مركـز المتعاقد معه بصفة نهائية ، اذ ان القاضي غير ملزم بفسخ العقد بل له بمقتضـــى القانون أن يرفض الفسخ ويمنح المدين اجلا للتنفيذ ، كذلك لا يجوز ان يقال بـــأن الدائن حين يرفع الدعوى يكتسب حقا في اعتبار العقد مفسوخا من يوم طلب الفســـخ ذلك لان مقتضى الخيار الذى قرره القانون و ان يكون للدائن عند عدم تنفيذ العقــد ان يطالب بتنفيذه ، او بفسخة ، وقد يستجيب القاضي الى هذا الطلب وقد لا يستجيب ولو كان الشارع قد اراد ان يجعل الخيار المقرر للمتعاقد الذى نفذ خيارا نهائيـــا فانه لا يجوز للمتعاقد الاخر ان يعدل فيه ، لكنه لم يقل ذلك ، ومن ثم فانـــه لا يصح ان يحرم المدين من مكنة التنفيذ حتى بعد رفع الدعوى الفسخ ، اما القـــول بان حكم الفسخ يرجع باثرة الى وقت رفع الدعوى فان الرد على ذلك ينحصر في ان الدعوى قد لا تنتهي بالفسخ ولكن قد تنتهي بحكم التنفيذ ، ما دام ان القاضي يملك تلـــك السلطة التقديرية الواسعــه .

١٧٦ ـ ثالثا : يذهب هذا الجانب ايضا الى القول بان الخيار الذى منحـــه القانون لا يكون الا للدائن ، فاذا مكنا المدين المقصر بان يفرض التنفيذ المتأخـــر على الدائن لمحونا الخيار المقرر للدائن ولا عطينا المدين الوسيلة الى تحويل ذلـــك الخيار لمصلحة نفســـه(١) .

ــ وفى ١٠ فبراير ١٩٢٤ ، مجلة القانون التجارى ١٩٢٤ ـ ٢ ـ ٢٩٧ مشــار اليهما في مقال عبدالحي حجازى المقال السابق ص ٢٩ .

(١) وفى هذا الصدد يتساءل بلانيل ـ فيقول امن العدل ان نزحزح على هـــذا النحو الخيار الذى للدائن ، لكي ننقله الى المدين المقصر (بلانيل وريبر وبولانجيه الطبعه الثانيه ١٩٤٧ ص ١٩٠ فقره ٢٢٥

Est-il juste de déplacer ainsi l'option qui, appartient au créancier pour la faire passer au débiteur en faute?

ملاحظ ان بلانيل

وقد رد على هذا القول بان امكانية تنفيذ المدين اثناء دعوى الفسخ ليس نقلا للخيار من الدائن الى المدين وانما هو واجب المدين الاصلي في القيام بالتنفيذ •

والمعروف ان حق المطالبه بالفسخ ـ يعتبر حقا احتياطيا بالقياس الى حق المطالبه بالتنفيذ الذى يعتبر حقا اساسيا • وفى المقابل يعتبر قيام المدين بالتنفيذ واجبا اساسيا ومن ثم لا يمكن القول ان حقا احتياطيا يتقدم واجبا اساسيا •

رابعا :ـ

ايضا يقول هذا الجانب بانه عندما يجيز القانون للقاضى ان يمنح المدين اجلا للتنفيذ فانه يدل بذلك على انه المدين لا يستطيع ان يعرض التنفيذ المتأخر • وبالتالى لا جدوى من تحويل القاضى سلطة يستطيع المدين أن يحققها بنفسه ••••••• والرد على ذلك ان القاضى عندما يمنح المدين مهلة للتنفيذ • فانه لا يمنحها الا بناء على طلبه او بناء على الظروف الخاصه بالنزاع •

واخيرا يذهب انصار هذا الاتجاه الى القول بان الاصل فى الفسخ هو انه قضائي وان مقتضى تمكين المدين من التنفيذ المتأخر ان يتحول الفسخ فى كل احوال التأخير من فسخ قضائي الى فسخ اتفاقي • وعلية فان الفسخ لن يحصل الا اذا استمر المدين فى امتناعه عن التنفيذ • والرد على ذلك هو انه من غير المعقول ان يتحول الفسخ القضائى بتنفيذ المدين اثناء نظر النزاع الى فسخ اتفاقى • فالفسخ عند حصوله لن يكون الا قضائيا سواء كان امتناع المدين عن التنفيذ بقصد حصول الفسخ ام كان غير ذلك القصد وان القاضى فى حكمة بالفسخ لن يتحرى وليس له ان يتحرى رغبة المدين فى ايقاع الفسخ ثم انه قد يمتنع المدين عن التنفيذ بقصد الفسخ • ولكن لا يحكم القاضى الا بالتنفيذ (1) •

---

(١) ما تزونى ـ مجلة القانون التجارى ١٩٢٢ ـ ١ ـ ٥٢٦ • مشار اليه فى مقال عبدالحى حجازى المقال السابق فقره ٧٢ ص/ ٢٥ •

ومما تقدم يتضح لنا بان تلك الحجج والاسانيد الذى ذهب اليها هذا الجانب ليست واقعية ولا منطقية فالثابت فعلا ان المدين يستطيع ان يقوم بالتنفيذ حتى بعد صدور حكم نهائى بالفسخ • الا ان الامر بالنسبه للقانون الايطالى فى اعتقادنا يجعل مشكلة تنفيذ المدين اثناء نظر النزاع خاضعة للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضى فالمدين يستطيع ان يعرض التنفيذ اثناء قيام دعوى الفسخ ولكن لا يترتب على هذا العرض اثارة القانونية اذ يتوقف مصيره على نتيجة نظر النزاع امام المحكمة فاذا استجابت المحكمة الى طلب الفسخ سقط العرض بأثر رجعى وزالت العقبة التى كانت تعترض حق المدين فى التنفيذ ويكون زوالها ايضا باثر رجعى فيعتبر حق المدين موجودا من أول الامر ويكون العرض الذى قام به المدين منتجا لاثارة من تلقاء نفسه من يوم حصوله(١) •

وزيادة على ذلك فان نص الماده ١٤٥٢ / ٣ تفترض عدم الجواز فى التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ عندما يتقرر للدائن الحق فى رفض هذا التنفيذ عند حصوله وهو يباشر هذا الحق على مسئوليته ، وان يخوله تبعا لذلك الحق فى أى يطالب الى المحكمة الاستمرار فى نظر دعوى الفسخ •

وهكذا استقر القضاء محكمة النقض الايطالية فى تفسيرها للماده ١٤٥٢ / ٢ على انه يجوز للقاضى ان يعتد بالتنفيذ الحاصل بعد طلب الفسخ لتقدير مدى جسامة عدم التنفيذ وله ان يرفض طلب الفسخ اذا وجد ان عدم التنفيذ قليل الاهمية بالنظر الى مصلحة الدائن فالتنفيذ المتأخر الذى يحصل بعد طلب الفسخ يعتد به القاضى فى تقدير عدم التنفيذ(٢) اى بمعنى ان التنفيذ الذى يحصل بعد طلب الفسخ ولو انه لايستطيع ان يصحح عدم التنفيذ يمكن ان يكون ظرفا فعلا فى تقليل اهمية عدم التنفيذ مع ما يترتب علية من تأثير فى قابلية العقد للفسخ(٣) •

---

(١) عبدالحى حجازى المقال السابق ص ٤٥ •

(٢) نقض ايطالى ١٤ مارس ١٩٥٦ Giust civ mass ١٩٥٦ ص ٢٦١ رقم ٧٥٧ •

(٣) نقض ايطالى ١٩ ابريل ١٩٥٧ Giust civ mass ١٩٥٧ ص ٤٨٠ رقم ١٢٢٢ مشار اليه عند عبدالحى الحجازى المرجع السابق •

١٧٢ ـ ونعود لنتساءل عن التنفيذ الذي يستطيع به المدين ان يمنع الحكم عليه بالفسخ فبعد ان تبين لنا بان للمدين الحق في التنفيذ اثناء نظر النزاع الخاص بدعوى الفسخ الى حين الحكم النهائي فيها فانه يجب علية من جهة اخرى ان يقوم بالتنفيذ فعلا حتى يمتنع الحكم علية بالفسخ . او يجب علية على الاقل ان يقوم بعرض الوفاء عرضا حقيقيا مشفوعا بالايداع[1] اما اذا لم يكن هناك تنفيذ فعلى او عرض حقيقى مشفوع بالايداع فلا يترتب على القاضى ان هو استجاب الى طلب الفسخ المقدم من الدائن[2]. ولذلك فان الاداء المعرو ض من جانب المدين يجب ان يكون اداء كاملا بحيث اذا رفضة الدائن اعتبر مقصرا غير انه قد يحدث ان لا يكون لهذا العرض ولا لهذا التنفيذ من اثر في ايقاف الحكم بالفسخ . اذ قد يتبين للمحكمة عدم الجدوى من قيام المدين بذلك ونذكر في هذا الصدد ما ذهبت اليه بعض احكام محكمة النقض الفرنسية في اعطاء الحق للدائن برفض تنفيذ المدين اثناء دعوى الفسخ ولكن بشروط خاصه تكون سببا فعلا لهذا الرفض منها مثلا سوء نية المدين التى تعتبر سببا قويا للحكم على المدين بجزاء الفسخ حتى ولو كان على استعداد لتنفيذ الالتزام قبل صدور الحكم[3] وفي حكم آخر لنفس المحكمة قالت بان العقد يجوز فسخة رغم التنفيذ الذي يعرضة المدين اذا كان هذا الاخير بعد اعذاره لم يستجيب للتنفيذ الا بعد سكوت امكن ان يفهم منه بانه لا يريد ان ينفذ التزامه[4] .

ورفضت ايضا نفس المحكمة في حكم لها هذا التنفيذ المتأخر اذا ثبت لها ان هذا التأخير يعتبر عدم تنفيذ خطير من شأنه ان يؤدى الى الحكم بالفسخ[5] .

---

(١) وفي هذا الصدد يقول لبلته Les jauge du fond apprécient d'ailleurs souverainement la validité des affers d'éxécution hautes en cours d'instance

(٢) عرائض فرنسى ١٥ مارس ١٩٠٩ ـ ١ ١١ ٥ .

(٣) عرائض فرنسى ٢٣ افريل ١٨٩٨ داللوز ٩٨ ـ ١ ـ ٥٠٦ ، سيرى ١٩٠٢ ـ ١ ـ ٥٢٤ .

(٤) Un contrat peut etre résolu,malgré les affer d'exécu-tion fait par le debieur ; si ce debeteur, sommé de execter, n'ya consenti qu'apres un silence qui pu fair douter de son intention d'acomplir son obligation.
عرائض ١٣ أبريل ١٨٥٦ داللوز ٥٦ ـ ١ ـ ٢٤٦

(٥) نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٤٦ ـ ١٩ افريل ١٩٢٨ ، ٢٧ يونية ١٩٥٥ ـ

وذهبت نفس المحكمة الى تفسير قيمة ودور الطلبات التي يعرضها المدين بقصد التنفيذ اثناء نظر النزاع بقولها (بان الطلبات التي يعرض فيها المشترى دفع الثمن . وتنفيذ كل التزامه في مواجهة البائع لا يعتبر عرضا حقيقيا وميسرا للذمه وانما يعتبر مجرد عرض بسيط من شانه ان يقدم للقضاء اجابة كافية في امكانية قبول وشرعية دعوى الفسخ نتيجة عدم دفع الثمن(1) الا اننا نعتقد الى جانبها تقدم بان الحالات السابقة ما هي الا حالات استثنائية . نتيجة ظروف خاصه ادت الى اتخاذ تلك المواقف . وان الطبيعي والعادى هو جواز قيام المدين بالتنفيذ اثناء نظر الدعوى شرط ان يضمن هذا التنفيذ كل ما يريده الدائن من العقد .

وهكذا نكون قد اتينا الى نهاية الفصل الثاني وبه ينتهي الباب الاول الذى دار حول الفسخ القضائي . وننتقل الان الى الباب الثاني المتعلق بالفسخ الاتفاقي .

Les conclusion, par lequelles l'aequéreur d'un immeube affre de payer son prix et d'exécuter tous ses engagements envers son vendeur , ne contituent point des affre, reelles et liberetoires mais un simple demande de donner acte a laquelle les juges repondent suffisamment en statuant sur la récevabilité et le bien fondé de l'action en résolution de vent pour non-payement du prix.

تعليق لسيمزار برى على نقض فرنسى ٢٧ مارس ١٩١١ السابقه اللوز ١٩١٥ -
١ - ٩٩ مشار اليه في لبلينة الرسالة السابقة هامش ص ٤٩ .

** الباب الثانـــــي **

الفسخ الاتفاقي كجزاء لعدم التنفيـــذ[1]

تمهيـــد : -

١٧٨ - تنص المادة ١٥٨ من التقنين المدني بانه يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقد ان صراحة على الاعفاء منـــه .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة على عقد البيع فكانت المادة ٦١١ من المشروع تنص على انه في بيع العقار اذا اشترط البائع ان يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك ان يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر ، الا اذا نص العقد على ان الفسخ يقع دون اعذار وفي كل حال لا يجوز للقاضي ان يمنح للمشتري اي اجل ، غير ان هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة لانها مستفادة من القواعد العامـــة .

---

(١) انظر في الفسخ الاتفاقي جان بوريكان الشرط الفاسخ الصريح (مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٧ وما بعدها ، ليفي الفسخ بقوة القانون رسالة دكتوراه باريس سنة ١٩٣١ عبد الحي حجازي المقال السابق مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ . في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنه الاولى ص/ ١٤٦ ١٤٧ ، ص ٤٤٣ وما بعدها السنه الثانيه فمن المجلة المذكوره ص / ١ وما بعدها ، السنهوري الوسيط ج / ١ الطبعه الثانيه فقره ٤٨٠ وما بعدها حشمت ابو ستيت فقره ٣٨١ ، سليمان مرقس فقره ٣٤٤ ، وسيمه الفسخ التلقائي جميل الشرقاوي مصادر الالتزام ص ٣٩٤ انور سلطان فقره ٣٦٥ ص ٤٢١ عبد المنعم الصده فقره ٣٢٥ ص ٤٠٤ ، بيدان ج ٨ فقره ٧٦٩ ، ٥٦٤ دي باج ج ٢ فقره ٨٩٢ وما بعده ، مارتي ورينو ج ٢ فقره ٣٠٥ .

وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ما يلي " اما الفسخ الاتفاقي فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة الى حكم قضائي عند التخلف عن الوفاء ويقضي مثل هذا الاتفاق الى حرمان العاقد من ضمانتين أ فالعقد يفسخ حتمـا دون ان يكون لهذا العاقد ، بل ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضي على ان ذلك لا يقيل الدائن من ضرورة الترافع امام القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد ، بيد ان مهمة القاضي تقتصر في هذه الحاله على التثبت من هذه الواقعة فاذا تحققت لديه صحتها ابقى على العقد والا قضى بالفسخ ، على ان حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانه اخرى ، تتمثل في ضرورة الاعذار ، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الاجراء[1] .

وهكذا يتضح لنا مما تقدم بان المشرع المصري قد وضع الفسخ الاتفاقي على قدم المساواه من الفسخ القضائي بحيث لا يمكن القول بان الاصل في القانون المدني المصري هو الفسخ القضائي ، او على العكس ان الاصل هو الفسخ الاتفاقي فكلا الامرين سواء فان خلا العقد من الاتفاق على الفسخ كان للطرف المضرور ان يلجأ الى القضاء للمطالبه بالفسخ .

والمعلوم ان لكلا النوعين من الفسخ مزاياه بحيث يختلف فيها كل واحد عن الاخر فالفسخ القضائي اكثر محاباه للمدين ، وقد سبق ان اشرنا الى ذلك في الفسخ القضائي اما الفسخ الاتفاقي فهو اكثر محاباه للدائن واكثر ضمانا له للوصول الى حقه وهذا ما سنتناوله في هذا الباب .

ولذلك سنشرع في الكلام عن الفسخ الاتفاقي من حيث انواعه ومدى اهميته في فصل وعن موقف كل من الدائن والمدين من اثار هذا الاتفاق في فصل ثاني الى جانب اثار الفسخ بصفه عامه في الفصل الثالث .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضرية ٢ ص/ ٣٢٨ ، هذا وتجدر الاشاره الى ان نص الماده ١٥٨ السالفه الذكر يقابله في القانون القديم الماده ٣٣٤/٤١٦ وهو كالاتي : ـ
اذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحاله ان تعطي ميعادا للمشتري بل ينفسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيها رسميا الا اذا اشترط في العقد [illegible]

** الفصـــل الاول **

الفسخ الاتفاقى انواعة ومدى اهميتـــه

المبحـــث الاول

انواع الفسخ الاتفاقـــى

١٧٩ - يتنوع الاتفاق بين اطراف العقد على الفسخ من حيث الزمان اذ قد يـــــتم هذا الاتفاق مقدما وقت تكوين العقد ، وهو الغالب فى العمل ، او قد يتم بعد ان يخل احد المتعاقدين بالتزامه ، ومن جهة اخرى قد يقع الاتفاق على الفسخ ، اثناء التداعـــى امام القضاء فى الحاله التى يرفع فيها الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفســـخ قبل صدور الحكم فى الدعوى ، ويطلق على هذا الاتفاق انه تقايل ذى اثر رجعـــــى لانه يحل محل الحكم وينتج اثره ، ما لم يكن هذا الاتفاق قد تضمن تواطئا بين الطرفـــين للاضرار الغـــير(١) .

واذا كان الغالب فى العمل كما اسلفنا ان يتفق المتعاقدان اثناء تكوين العقـــد على فسخة يقتضى شرط فاسخ صريح الا انه لا يتخذ دائما شكلا واحدا ، بل يتخـــذ اشكالا متعدده تتسع وتضيق بحسب الاتفاق :-

فنجد ان ادنى مراتب الاتفاق هو ان يتفق المتعاقدان على ان يكون العقـــد مفسوخا اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وللتأكد من حكم هذا الاتفـــاق لابد من البحث فى نية الاطراف فاذا ارادا تحتيم الفسخ اذا اخل المدين بالتزامـــه ، فيتحتم على القاضى فى هذه الحاله ان يحكم بالفســـخ(٢) الا انه من الصعب استخـــلاص

---

(١) انظر فى هذا المعنى السنهورى جـ ١ الوسيط ص ٨١٠ ، واستئناف مختلط فـــى ١٨ يناير سنة ١٩١٩م ٣١ ص ١٢٦ ، وهذه هى الدعوى البوليصية - امـــا اذا كسب الغير حقا عينيا قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فان حقـــه يبقى نافذا قبل الدائن بالرغم من الفسخ حتى ولو لم يكن هناك تواطوء .

(٢) انظر فى هذا المعنى محكمة اسكندرية فى الكلية الوطنية ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ - محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة

نية الاطراف حول اشتراط الفسخ هذا ، اذ الغالب ان المتعاقدين لا يريدان يجعل هذا الشرط الا ان يقررا بالفاظ صريحة القاعده العامه المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ وبناء علية لا يغني الشرط عن الاعذار ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية ، ولا حق المدين في توقي الفسخ بتنفيذ الالتزام الى ان يصدر الحكم النهائي بالفسخ ، وهذا هو ما قررته محكمة النقض في احكامها الاخيرة[1] .

وقد يتفق الاطراف على اعطاء الشرط الفاسخ درجة اقوى ، عند ما يكون حكمه بان العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه ويفسر هذا الشرط في اغلب الاحوال هذا على انه يسلب القاضي سلطته التقديرية بحيث لا يملك الا الحكم بالفسخ ، غير ان هذا الشرط لا يغني عن اعذار المدين ولا عن رفع دعوى الفسخ كما هو الامر في القاعده العامه للفسخ الماده ١٥٧ وحكم القاضي هنا يكون منشئا للفسخ لا مقررا[2] كما تقضي بذلك الماده ١٥٧ مدني .

= - ١ - ٣٧١ ، داللوز الاسبوعي ١٩٣٧ ص ٣٦٤ ، جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٢٣٩ ، اوبري ورو جـ ٤ هامش ٣٠٢ تعليق ٨٣ ، بودري لاكنتزي دبارد جـ ٢ فقره ٩٥٤ .

(١) ومن هذه الاحكام ما قضت بان الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام الا اذا كانت صفته صريحة داله على وجوب الفسخ حتما عند تحققه ولما كانت عبارة الشرط الوارده في نهاية عقد الصلح ونصها " اذا اخلت المشتريه بشروط هذا الصلح او احدهما يكون البيع لاغيا " لا تفيد المعنى الذي يذهب اليه الطاعنان بل ما هي الا ترديد للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمه للجانبين " نقض مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ (مجموعة احكام النقض ١ رقم ٥١ ص ١٧٧) وفي حكم اخر لها قالت نفس المحكمة بان شرط الفسخ لا يعتبر صريحا في معنى الماده ٣٣٤ من التقنين المدني الا اذا كان يفيد انفساخ البيع من تلقاء نفسه اما اذا تعهد المشتري باداء باقي ثمن المبيع في ميعاد معينة فان لم يؤدية في الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس الا ترديدا للشرط الفاسخ الضمني المنصوص عليه في الماده ٣٣٢ من القانون المدني القديم (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) وفي هذا الصدد يقول الاستاذ / عبد المنعم البدراوي بانه نلاحظ اولا بان الشرط الفاسخ الصريح يجب ان يكون قاطعا في الدلاله على ان المقصود منه استبعاد تدخل القاضي او سلطته في ايقاعه ، فاذا لم يكن قاطعا في هذا المعنى وجب حمله على انه مجرد ترديد للقاعده العامه التي تقضي بان الفسخ هو جزاء عدم التنفيذ ، ولم يكن من شأنه اعفاء الدائن من اعذار المدين ، او من رفع دعوى الفسخ ولم يكن سالبا للقاضي سلطته في تقدير ملائمة الحكم بالفسخ او بالتنفيذ العيني ولا المدين امكان ايقاف دعوى الفسخ بتنفيذ الالتزام وهذا ما يقرره القضاء (مصادر الالتزام سنة

وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض المصريه ، بان المادة ٣٣٤ من القانون المدنى القديم تقضى بانه اذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن كان على القاضى ايقاع الفسخ على المشترى اذا لم يدفع الثمن بعد اعذاره بانذار ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الاعذار ، واذا فباطل زعم المشترى ان الانذار الموجه اليه من البائع بوفاء التزامه فى مدى اسبوع والا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ فان ذلك الانذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

١٨٠ ـ وقد يصاغ الشرط فى عبارات اقوى مما سبق ، عندما يتضمن الاتفاق على الفسخ بانه عند عدم التنفيذ يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او الالتجاء الى القضاء وانما ترفع الدعوى اذا نازع المدين فى اعمال الشرط وادعى انه قام بتنفيذ التزامه ، اما دور القاضى فى هذه الحاله فيقتصر على التحقيق من ان المدين لم ينفذ التزامه ، فاذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ وحكمة هنا يكون كاشفا او مقررا déclaratif وليس منشئا constitutif الا ان هذا الشرط بالرغم من ذلك لا يعفى من الاعذار اذ هو واجب لوقوع الفسخ .

واخيرا قد يتفق الاطراف عن طريق الشرط بانه عند عدم التنفيذ ، يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او انذار وهذا فى اعتقادنا هو اقصى ما يصل اليه اشتراط الفسخ من قوة ، فاذا نازع المدين فى اعمال الشرط وادعى بأنه قام بالتنفيذ فان دور القاضى هنا يقتصر فقط على التحقق من ان المدين لم ينفذ التزامه فاذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ وحكمة يكون كاشفا او مقررا وليس منشئا .

وتجدر الاشاره الى ان الاتفاق على استبعاد الاعذار لا بد وان يكون صريحا اذ لا يجوز ان يستخلص ضمنيا من عبارات العقد لما ينطوى عليه من خطوره على المدين المادة ١٥٨ (٢) .

ـــ مجموعة عمر جـ ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ وانظر فى احوال الاتفاق على الفسخ جميل الشرقاوى المرجع السابق ص ٣٩٤ وما بعدها .

(١) نقض مدنى فى ١٤ ابريل سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض السنه السادسه رقم ١٢٤ ص ٩٤٦ .

(٢) انظر فى هذا المعنى السنهورى جـ ١ الوسيط ص ٨١٥ ، البدراوى المرجع السابق ص ٥٥٦ سليمان مرقص المرجع السابق فقره ٣٤١ ص انور سلطان المرجع

١٨١ - واذا كان ما تقدم يدور حول تدرج الاتفاق على الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الصريح الذى اضطرت العادة على تسمية هذا الاتفاق على الصورة السالفه الذكر condition résolutoire expresse[1] فانه يمكننا القول ان هذه التسمية ما هى الا ترديد لنظرية قديمه مؤداها ان الفسخ يقوم على شرط فاسخ ضمنى يفترضه القانون فى العقود الملزمه للجانبين تفسيرا للنية المفترضة عند التعاقد[2] وعلى هذا الوجه لا يكون اتفاق المتعاقدين على حصول الفسخ من تلقاء نفسه الا افصاحا عن الشرط الفاسخ الضمنى واظهارا له وبذلك لا يعتبر هذا الاتفاق استثناء من احكام القانون بل توكيدا لها[3] ...... الا ان مؤدى هذا النظر هو التسوية بين الشرط الفاسخ الضمنى المزعوم وجوده فى كل عقد ملزم للجانبين والشرط الفاسخ الصريح مع ان بين النظامين من الفروق ما يحول دون التسوية بينهما ...... منها اولا انهما يختلفان من حيث المصدر ...... فالشرط الفاسخ الضمنى احدث فى وجوده من الشرط الفاسخ الصريح اذ يرجع الشرط الفاسخ الضمنى الى القضاء الفرنسى القديم فى حين يرجع الشرط الفاسخ الصريح الى القانون الرومانى[4] وكما قلنا فى السابق ان الشرط الفاسخ الصريح وفقا للقانون الرومانى لا يوجد الا فى البيع دون سائر العقود . ولم يكن يعمل الا لصالح البائع دون المشترى وكان يجب ان ينص عليه صراحة فى العقد فما احس الناس قصور هذا النظام . اخذ يظهر الى جانبه دون ان يلغيه نظام آخر هو نظام الفسخ القضائى الذى وضع على نحو غير صحيح فى صورة معينه هى الشرط الفاسخ الضمنى اى المفترض فى العقود الملزمه للجانبين . ويتميز هذا النوع الجديد من الفسخ بانه ينطبق على جميع العقود وانه لا يقع الابقضاء القاضى فلا يقع من تلقاء نفسه وان للقاضى سلطة تقديرية واسعه فى الحكم بالفسخ او عدم الحكم به .

مجموعة عمر رقم ٦٠ ص ١٩٥٧ استئناف مختلط فى ١٢ ابريل ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٢٦٠ . ١٣ مايو ١٨٨٦ بوريللى م ١٧٧ وفى ٢٠ مارس ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٢٦١ . وفى ٢٩ يناير ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٢ .

(١) وفى هذا المعنى يقول الاستاذ . بلانيول وريبير واسمان فى مطولهم العملى جـ ٦ ص ٥٨٧ فقره ٤٢٦ . وان عدم التنفيذ كأى واقعه يمكن ان يكون محل شرط

(٢) دى باج جـ ٢ ص ٨٠١ فقره ٨٩٢ .

(٣) فى هذا المعنى قضت محكمة النقض المصريه بان الشرط الفاسخ مفترض دائما فى كل عقد تبادلى . والانصاح عنه فى العقد لا يعد خروجا على احكام القانون بل هو مجرد توكيد لها (نقض مدنى ٢ ...

وهذا يدل على اختلاف النظامين كل منهما عن الاخر من حيث الاصل . ومن ثم لا يجوز ان يكون للقاضي حيال هذا الاخير السلطة التقديرية التى تكون فى الفسخ القضائى كما اسلفنا .

١٨٢ - فلا شك ان الذى سهل الخلط بين النظامين هو نفس التسمية (الشرط الفاسخ الصريح) ومن جهة ثانية تؤدى هذة التسمية الى خلط اخر يقع هذه المره بين الشرط الفاسخ العادى المنصوص عليه فى الماده ٢٦٥ والشرط الفاسخ الصريح الذى نحن بصدده اذ قد يترتب بناء على هذا الخلط نتائج خطيره . منها توهم ان الشرط الفاسخ الصريح ينتج اثره من تلقاء نفسه لمجرد عدم التنفيذ دون حاجة الى ان يتمسك به الدائن وهذا غير صحيح ذلك ان بين النظامين فرقا كبيرا (١) .

صحيح ان كلا منهما يتحقق على اثر حادثة مستقبلية غير محققه الوقوع . الا ان هذه الحادثة تختلف فى الشرط الفاسخ العادى باعتباره وصفا عنها فى الشرط الصريح . فهى فى الشرط الفاسخ العادى حادثه لا تعلق لها البته بعدم التنفيذ ويترتب على تحققها انفساخ العقد من تلقاء نفسه (٢) وهى ذات طابع موضوعى لا تخضع لتقدير احد اما فى الشرط الفاسخ الصريح فليس لها هذا الطابع اذ هى تتكون من عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه . فهى اذن خاصة باحد المتعاقدين . ثم هى ذات طابع شخصى اذ هى تخضع على الاقل لتقدير الدائن الذى يجوز له عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه الا يعتبر عدم التنفيذ من الجسامه بحيث يبرر تمسكه بالفسخ (٣) اى ان المتعاقدين ينشآن فى الشرط الفاسخ العادى علاقة وثيقة بين فاعلية الشرط وتحقق الحادثه . ولا كذلك فى الشرط الفاسخ الصريح حيث لم يخلق المتعاقدان تلك الصله الوثيقة بين فاعلية الشرط وبين تحقق الواقعه المستقبله غير المحققه الوقوع وهى عدم التنفيذ . وكل ما رتبه المتعاقدان على وقوع هذه الحادثه (عدم التنفيذ) هى نشوء سلطة الفسخ لمصلحة احد المتعاقدين يستعملها وفقا لتقديره وبارادته ا منفرده دون حاجة الى حكم القاضى . وبذلك يكون كل ما قصده المتعاقدان من الشرط الفاسخ الصريح هو استبعاد سلطة القاضى التقديريه

---

(١) انظر فى الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح . الشرط الفاسخ العادى بودرى لاكنترى وبارد جـ ٢ فقره ٩٥٤ ص ١٣٥ ، - بودرى لاكنتريوسينيا فقره ٥٥١ ، ٥٥٣ . لبليته المرجع السابق ص ٥٩ ، ٦٠ . دباج جـ ٢ ص ٨٠٤ .

(٢) بوريكان الشرط الفاسخ الصريح المقال السابق . المجله الفصليه الربع السنويه ١٩٥٧ ص ٤٤٨ فقره ٢٢ .

حيال الفسخ[1] .

وكذلك يختلف الشرط الفاسخ الصريح عن الشرط الفاسخ العادى من حيث طريقة عمل كل منهما فالشرط الفاسخ العادى يعمل بمجرد تحقق الواقعه فلا يحتاج في ذلك الى تعبير من جانب احد المتعاقدين . فهو تعبير مقرر لفسخ موجود من قبل . اما الشرط الفاسخ الصريح فلا يكفي فية لفسخ العقد تحقق الواقعه الشارطة وهي عدم التنفيذ بل يجب ان يكون ثمة تعبير في هذا المعنى من جانب الدائن وهو تعبيراو اعلان منشئ للفسخ وليس مقرر لفسخ وقع من قبل اى ان الفسخ ينشأ في حالة الشرط الفاسخ الصريح من واقعتين عدم التنفيذ والتعبير عن الاراده بالفسخ .

ونضيف الى ما تقدم ان تعبير الشرط الفاسخ الصريح . للدلاله على فسخ العقد من تلقاء نفسه ليس تعبيرا مضللا فحسب بل هو ترجمة غير دقيقة للتعبير الاجنبي clause résolutoire expresse فكلمة clause لها في اللغة الاجنبيه مدلول غير مدلول الشرط condition ولهذا يستعمل اغلب الفقة المصرى للدلاله على هذا المعنى تعبير الفسخ بمقتضى او بحكم الاتفاق[2] او الفسخ الاتفاقي[3] .

فهو تعبيرا أوفق من تعبير الشرط الفاسخ الصريح لما يثيره من توهم ان هذه الواقعة المنشئة للفسخ هي الاتفاق في حين ان الذي ينشئ للفسخ هو الاراده التي تصدر من الدائن عن طريق تعبير موجة الى المدين[4] .

---

(1) دى باج المرجع السابق ص ٨٠٤ وهذا بالطبع بحسب تفسير قصد المستفيد من الشرط .

(2) السنهورى الوسيط جـ ٢ ص ٤١٧ حشمت ابو ستيت فقره ٢٨١ .

(3) انور سلطان فقره ٢٦٢ ص ٢٥٩ . عبد المنعم فرج الصده فقره ٢٧٥ ص ٤٠٤ . جميل الشرقاوى المرجع السابق ص ٣٩٤ ويسمى الشرط شرط الفسخ clause de résolution - condition résolutoire - انظر أيضا عبد الحى حجازى المقال السالف الذكر العدد الثاني ١٩٥٩ ص ١٣ . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٢ ص ٢٢٨ .

(4) بوريكان المقال السابق ص ٢٤٠٢ حيث يقول في هذا المعنى ان الامر يتعلق بفسخ من جانب واحد منشؤ الاتفاق .

** المبحث الثانـــــى **

اهميه الفسخ الاتفاقـــــــــــى

١٨٣ - بعد ما بينا اوجة الاتفاق على الشرط ومدى تدرجة فى فسخ العقد ، يجـــــدر بنا الان ان نتكلم عن الفوائد التى من الممكن ان يجنيها صاحب المصلحة من هـــــذا الشرط - وهو الدائن - ومدى الحماية التى يضفيها القضاء على المدين .

فى البادية نـــــود التنبية الى اننا قد تكلمنا فى السابق عن الفسخ القضائـــــى وقلنا بان المشرع المصرى عند ما وضع الماده ١٥٧ كان يقصد منها تعزيز حق الدائن وتقويـــة ضمانه ، اما هنا فنقول بان الفسخ الاتفاقى يمثل فى المقابل اكثر من ضمان لمصلحـــــــة الدائـــن .

فالفسخ القضائى مثل كل دعوى قضائية مصدر تكاليف وتباطوء وتأخير بحيث لا يلجـــأ اليه الا فى حالة خلو الاتفاق من شرط فاسخ صريـــح (١) .

واذا كانت القاعده العامه فى الفسخ الاتفاقى قد وردت فى الماده ١٥٨ السالفـــة الذكر فان المشرع المصرى قد اورد الى جانبها بعض النصوص الخاصه التى تتكلم ايضـــــا عن فسخ العقد بقوة القانون فى حالة اخلال احد المتعاقدين فى تنفيذ التزامه ، منها مثلا الماده ٤٦١ التى اشرنا اليها سابقا فى المبحث الخاص بعقد البيع والتى تقول بانه فـــــى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيـــع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك .

---

(١) لقد اظهرنا فى الملحق ان الفسخ الاتفاقى فى القانون المدنى المصرى يعـــــادل الفسخ القضائى من حيث المرتبه ، اذ لا يمكن القول بان الفسخ القضائى هـــــو الاصل والفسخ الاتفاقى استثنـاء من ذلك الاصل ، كما هو معمول الان فـــــى القانون الفرنسى - وذلك لان المشرع المصرى قد اورد نصين كل منهما خـــــاص بنوع واحد منهما المواد ١٥٧ ، ١٥٨ ، فى باب القواعد العامه اما المشـــــرع الفرنسى فقد اورد نص واحد فقط متعلق بالفسخ القضائى وهو نص الماده ١١٨٤ ، أما الفسخ الاتفاقى فقد ورد فى حالات على سبيل المثال فى المواد ١٦٥٥ ، ١٦٥٦ ، ١١٨٣ ، اما فيما يتعلق بالقانون الالمانى فقد سبق ان اشرنا ان الاصل فيه ان يكون الفسخ بحكم الاتفاق وذلك لان عدم القيام بالتنفيذ من جانب احد الاطـــراف هو بمثابة شرط فاسخ عادى من شأنه ان يؤدى الى اعتبار العقد مفسوخا بقـــوة

هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ونجد كذلك المادة ٧٥٩ المتعلقة بعقد التأمين على الحياة حيث تقول بانه يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع اقساط دورية ان يتحلل فـــى اى وقت من العقد باخطار كتابى برسلة الى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية وفى هـــذه الحالة تبرأ ذمته من الاقساط اللاحقة . وهذا يعنى ان المشرع فى عقد التأمين قد منـــح المتعاقدين وسائل سهلة وبسيطة تجنبا للجوء الى القضاء .

وتجدر الاشارة الى ان النصوص السالفة الذكر ليست من النظام العام ومن ثـــم يجوز للاطراف مخالفتها واعمال شرط الاتفاق على اللجوء الى القضاء - والى جانب ما تقدم يمكننا القول بانه فى حالات الاستعجال[1] cas d'argence اجازت المحاكم لاحـــد المتعاقدين ان يقوم من جانبه بفسخ العقد بدون اللجوء الى القضاء ودون الاشتراط علـــى ذلك بمقتضى اتفاق واكثر هذه الحالات ورودا نجدها فى عقد العمل .

١٨٤ - والسبب فى اعتقادنا الذى ادى الى ازدياد مفهوم الشرط الفاسخ فى العقـــود هو نظرة المشرع الى الفسخ بعدم الرضا اذ يعتبره عن طيبة خاطر علاجا احتياطيـــا un remede subsidiaire :-un pis -aller يجب اللجوء اليه فالاساس فـــى نظره هو العمل بقدر المستطاع على انقاذ العقد sauver le contrat[2] ولذلـــك فهو يمنح القاضى سلطات واسعة فى تقدير مناسبة الفسخ[3] بحيث لا يقضى القاضـــى بالفسخ الا اذا كان عدم التنفيذ يحتوى على قدر مؤكد من الخطورة . ثم انه اى القاضـــى قد يرى ان فى التعويض ما يكفى الدائن لاصلاح ما اصابه من ضرر بسبب اخلال المدين بالتزامه وفى بعض الاحوال يمنح القاضى المدين مهلة للتنفيذ يرى ان فى الامكان القيام بالتنفيـــذ خلالهـــا .

= فى حالة الخلاف بين المتعاقدين فى الفسخ الاتفاقى ففى اعتقادنا ان هـــذا الامر يبدوا طبيعيا لفظ الخلاف بين اطراف النزاع . ودوره بالقضاء يكون فـــى هذه الحالة دورا تفسيريا واحتياطيا .

(١) انظر فى هذا المعنى ديموج المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٤ ص ١٢٥ سافينة تعليق له بدالوز ١٩٢٠ - ٢ - ٤١ . موريل تعليق دالوز ســيرى ١٩١٢ - ١ - ٩ . ليربه فى مقاله بالمجلة الانتقادية ١٩٢٤ المقال السابـق فى وقف وفسخ العقود ص ٦٢٤ وما بعدها . ليقى الرسالة السابقة فى الفســخ بقوة القانون ص ٣٥ بوريكان المقال السابق ص ٤٣٦ وهامش رقم / ١٥ .

(٢) ريبير القاعدة الاخلاقية فى الالتزامات [illegible]

وكما اسلفنا فى الفسخ القضائى يستطيع المدين ان يقوم بالتنفيذ اثناء نظر دعـــوى الفسخ حتى صدور الحكم النهائـى .

ونعنى مما تقدم ان القاضى فى الفسخ القضائى يملك زمام الامور ويراجع كل مــــا يتعلق بالعقد ، ومن ثم يكون الفسخ بيده ، هو وحده ، حتى لو طلبه صاحب المصلحه الدائـن مما قد يؤدى الى الخشية من تحكمة او تسلطه ولذلك فان مثل هذه الصعوبات او العقبات قد لا ترضى الدائنين اذا ما ارادوا ان يفسخوا العقد بسبب اخلال مدينيهم اذ هــى ليست محل قبول منهم ، وبالتالى كان عليهم ان يبحثوا عن الوسائل التى تحقق اهدافهم او غاياتهم وتجنيب العلاقات التى يبرمونها مع الاخرين تلك العقبات التى اشرنا اليهــا وهى الحكم القضائى ومدى تسامحة مع المدينين الى جانبها بحملة من ميل الى التاجيــل والمماطله encline au atemoirements [1] ولذلك اخذ الدائنون يشترطــون فى عقودهم مع المدينين شروطا صريحة تقضى بفسخ العقد ودون حاجة الى حكم القضــاء مما اضطر المشرع الى التدخل فى معظم التشريعات والنص على جواز الاتفاق على مثل هــذا الامر مثلما اوجب فى السابق ضرورة احترام ارادة المتعاقدين فى نطاق مبدأ القوة الملزمـه للعقد او للاتفاقات le principe de la force obligatoire des conventions.

= انظر فى هذا المعنى كاربونية فى مقال له بالمجلة الفصلية ١٩٥٠ ص ٣٧٤ ، بوريكان المقال السابق ص ٤٣٧ ، فقره ٦ .

(١) وتجدر الاشارة الى ان موقف القانون الفرنسى القديم من الشرط الفاسخ كــان يختلف عما علية الان فى القانون الفرنسى الحالى ففى هذا الصدد يقول بوريكــان بدون شك ان المتعاقدين يستطيعان ان يشترطا فى العقد شرطا فاسخا صريحــا يؤكد فسخ العقد بقوة القانون فى حالة عدم التنفيذ الالتزام ، والمعــروف ان الشرط الفاسخ الصريح يقابل الشرط الفاسخ الضمنى الذى هو الاساس المدعى به للفسخ الا ان الاختلاف فى الاصطلاح terminologie لم يكــن يؤدى الى اختلاف دقيق وواضح بالنسبه لعمل كل منهما ، اذ كانت المحاكــم فى ذلك الوقت تعتبر ان الشرط الفاسخ الصريح لابد ان يبقى ويستمر كضــروره للدعوى وان للقاضى الحق فى منح المدين عدة مهل للقيام بالتنفيذ بحســب الظروف ويستطيع فى نفس الوقت ان يرفض الاعلان بالفسخ وقد كان عمل المحاكــم هذا محل تأييد من الفقه اذ كان هذا الاخير يعتبر بان الشرط الفاسخ بمثابــة تهديد فقط seulement comminatoires وعلية لابد من خضوعة لتقديــر وتحكم القاضى l'arbitrag du juge متى كان قد اتفق على وقوع الفســخ بارادة واحده وبدون تدخل القضاء (بوريكان المقال السابق فقرة ٧ ص ٤٣٧ ،

وهكذا ، فاذا كانت المادة ١٥٧ تلزم القاضي مثلما تلزم الاطراف ، فان المادة ١٥٨ تلزم في الاساس الاطراف فقط وينتج عنها فسخ بحكم الاتفاق بقوة القانون على اثر تقصير المدين في تنفيذ التزاماته ، ومن ثم تحاشي او استبعاد المقابلات التي يضعها الفسخ القضائي ، لان حق الفسخ لا يكون بيد القاضي ولكن بيد الدائن ، اما اذا تطلب الامر تدخل القضاء فان تدخله لا يكون الا لاعمال النتائج القانونية للفسخ المكتسب او الذى تم بقوة القانون اذ قد يحدث في الغالب من الاحيان ان يتجه الدائن مباشرة الى قاضي الامور المستعجلة لكي يحصل بسرعة على ما يريد ، وفي هذا الصدد تقول محكمة مصر الكلية (١) . بان الحالة الوحيدة التي يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضي الامور المستعجله باخلاء المستأجر عند تأخره في اداء الاجرة هي التي ينص فيها على ان هذا التأخير يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك فبهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر في سداد الاجره .

فتلك الامكانية تعتبر جد مفيدة بالنسبه للدائن والفضل في ذلك للشرط الفاسخ الصريح

١٨٥ - ومن جهة ثانية يمكننا ان نجد للشرط الفاسخ دور اخر اذ من الممكن ان يلعب دورا تهديديا مشابها للغرامة التهديدية l'astreinte فالتهديد بالجزاء او بالعقاب من شأنه ان ينتج اثرا ما على نفسية المدين وبالتالي يضمن بطريق غير مباشر تنفيذ العقد ، والمعلوم ان المدين لا يجهل في حالة غياب الشرط الفاسخ الصريح ، ان الدائن سيتقدم الى القضاء بدعوى الفسخ في حالة عدم قيامه بالتنفيذ وبالتالي فهو يعتمد اعتمادا كليا على القاضي الذى يراعي في الغالب صالحه (٢) في حين نجد ان الامر يختلف في حالة وجود الشرط الفاسخ الصريح اذا لا يستطيع ان يتهرب من الفسخ ولا يستطيع ان يعتمد في نفس الوقت على تسامح المحاكم sur l'indulegence des trib ولذلك سيحرص على القيام بالتنفيذ في الموعد المحدد .

---

(١) محكمة مصر الكلية (مستعجل في ١٣ اكتوبر ١٩٣٢ - المحاماه ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧ ، وبذلك تبين لنا بان قاضي الامور المستعجله يكون مختصا في الاحوال التي يكون فيها الحكم مقررا لا منشئا له ذلك لان القاضي يجد امامه عقدا مفسوخا لا عقدا يطلب منه ان يفسخه ، مما يضطره الى الخوض في مسائل موضوعية (السنهوري المرجع السابق هامش رقم ١ ص ٨١٤) .

(٢) يراجع في التفرقة ما بين الفسخ القضائي والفسخ القانوني ليربة المقال السابق

فالشرط الفاسخ اذن وسيلة ضغط وارغام moyen de pression et de contrandre وفي نفس الوقت وسيلة ضمان شديده الفاعلية لتنفيذ العقد[1] ورغم ذلك فقد يثور التساؤل الا يتضمن هذا الشرط قدرا من القسوة تجاة المدين الذى لا يملك الا ان ينصاع لرغبة الدائن حينما يعلنها طالبا الفسخ ....؟؟

الاجابه في ذلك في اعتقادنا بالنفي .... ذلك لاننا لو نظرنا للامور من زاوية اخرى فانه سيتبين لنا ان الشرط الفاسخ ليس الا ثمرة اتفاق تم بين الاطراف وبالتالي فأن مقوماته واثارة قد درست باهتمام من جانبهم . الى جانب ذلك فانه يبدو لنا ان الشرط الفاسخ لا يكتسى شكلا فريدا ، فهو متقارب في بعض العقود ، غير ان محتواه يختلف من عقد الى آخر ، فلا يتفق علية الا بقصد انجاز واكتمال بعض الامور وبصفه خاصه مكان وزمان تنفيذ العقد - الى جانب صور انحلاله عند تحديده لنطاق الفسخ فيه . ونعتقد الى جانبما تقدم ان الاتفاق الذى يتضمن شرطا فاسخا صريحا يتفق في نظرنا مع غيره من الشروط في الهدف ، والهدف هو مواجهة المستقبل والوقاية من مفاجاته وما قد ينشأ من اختلال في التوازن العقدى ، فهو اذن وسيلة ضمان وحماية لكل من الدائن والاتفاق فاذا كان القاضي في الفسخ القضائى هو الحكم على حياة العقد او موتة فان الشرط الفاسخ يمنح تلك المقدره للدائن .

١٨٦ - غير انه اذا كان للشرط الفاسخ كل هذه الاهمية وعلى الخصوص ما يقدمه للدائن من فائدة تتمثل في التعزيز القوى لضمانه فانه في المقابل لا يجب ان يمثل بالنسبة للمدين مصدرا لخطر شديد . اذ قد يقال ان الفسخ القضائى يساوى بين المتعاقدين عند نظر النزاع امام القضاء الى جانب ما يمثلة من دور الحكم بين الاطراف لاعادة التوازن لعلاقة عقدية اختل توازنها بسبب تقصير احد الاطراف .

وهذا بالطبع على خلاف الفسخ الاتفاقي من حيث هو جزاء غير خاضع للقضاء ومن ثم يمثل نوعا من العداله الخاصه justice privée فهو يسمح لاحد الاطراف بان ينصب من نفسه قاضيا ، مما يأتى معة حرمان المدين من الحماية التى يمكن ان - يتلقاها لو كان الامر بيد القضاء .

غير انه من السهل الرد على ذلك ، فالفسخ المؤسس على شرط في العقد من شأنه ان يعزز الاحترام الدقيق لارادة الاطراف واحداها ارادة المدين التى دخلت طوعية دون اكراة والتزمت بهذا الشرط واثاره .

واذا كان لنا ان نتساءل الى جانب ذلك الا يعتبر تدخل القاضي في مجال العلاقات العقدية امر غير جدير بالرضا من قبل الاطراف ، وان علة في تغير وتبديل العقد بحجة العدالة sous pretexte d'equité وبناءعلى حقه في مراعاة الظروف واعادة النظر غير مرغوبفيه ايضا في مجال الاتفاقات ، ثم انه اى ضيم واى خطر يمكن ان يخشاه في حالة اشتراط الفسخ بناء علي شرط فاسخ صريح طالما ان الامر هنا ناتج عن اتفاق متبادل تم بناء على رضا بين الاطراف . لكل ذلك يقول ، بأنه ليس هناك ثمة ضرور ولاغبن قد يصاب به المدين لان عواقب الاتفاق على الفسخ بمقتضى الشرط الفاسخ الصريح قد تمت دراستها اثناء ابرام العقد .

ونصل في النهاية الى القول بان الكلام عن حماية المدين والخوف علية من جزاء هذا الاتفاق في اعتقادنا لا معنى له ، لان الامر في الغالب يكمن في ارادة المتعاقدين وبالذات مدى الاتفاق حول الاعذار ، لما يمثله بالنسبة للمتعاقدين من اهمية اذا نجد ان اكثر الاحوال انتشارا هي عدم الاتفاق على استبعاد الاعذار(٢) ، وذلك من اجل تمكين المدين واعطائه فرص ملائمه للقيام بتنفيذ التزامه فيكون له ان يقوم بالتنفيذ في المدة المحددة له على اعتبار أن الفسخ لن يتحقق الا بعد مضي تلك المدة(٣) ومن جهة اخرى قد يحدث أن يحتوى العقد او الاتفاق على شرط يكون العقد بمقتضاه مفسوخا بمجرد وصول الاعذار الى المدين وهذا يعني ان المدين يستطيع بدون شك أن يقوم بالتنفيذ طالما لم يوضع موضع الغصر عن طريق هذا الاعذار .

---

(١) فقد يحدث احيانا وعلى الخصوص اثناء ابرام العقد ان يكون احد اطرافه اضعف من الطرف الاخر اى ليس على قدم المساواه معه ، وذلك عند ما يفرض هذا الطرف الاخير شروطا في العقد بما يمتاز به من تفوق اقتصادى ، شروطا في العقد تكون قاسية بحيث لا يستطيع الطرف الضعيف ان يتحملها . مثال ذلك في عقد التأمين ، وعقد الايجار ، وعقد العمل ، اذ قد يؤدى اعمال الشرط هنا (في نطاق الامثلة السابقة) الى اثار جد خطيره وبالذات عند ما يعاقب الطرف الضعيف بجزاء شديد من جراء مخالفة ليس فيهما اية خطورة ، واقرب مثال على ذلك اشتراط فسخ عقد الايجار بحكم الاتفاق من جزاء تأخر في دفع الاجره المتفق عليهما وفي عقد التأمين اذا ما اشترط فسخ العقد بحكم الاتفاق من جزاء تأخير بسيط في دفع القسط بدون اعذار .

(٢) انظر في هذا المعنى نقض فرنسي ١٤ ابريل ١٨٢٩ ، داللوز ٥٩ — ١ — ٤٥

غير انه قد يثور التساؤل - في هل يستطيع المدين ان يقوم بالتنفيذ بعد وصول الاعذار اليه ..... ؟؟

في هذه المسأله انقسم الفقه : فذهب جانب منه الى القول بان المدين لا يستطيع ان يقوم بالتنفيذ بعد الاعذار[1] لان الاعذار قد تأكد من اجل فسخ العقد اما الجانب الاخر فيرى عكس ذلك ، اذ يحق للمدين ان يقوم بالتنفيذ حتى بعد تسلمه للاعذار وذلك خلال مدة قصيره فقط[2] لان الاعذار في نظرهم لا يعني الا انذارا بالدفع وبالتالي يجب على الدائن ان يقوم به لكي يعرف بعد ذلك ان كان مدينة يرفض القيام بالتنفيذ او لا يرفض القيام به . غير اننا نعتقد ان الامر يتوقف على مضمون الاعذار . اذا كان مضمون الاعذار مطالبة بالوفاء بمعنى هذا جواز الوفاء . اما اذا كان اخطارا بالفسخ فلا مجال للتنفيذ .

---

(١) في هذا المعنى ديمولومب جـ ٢٥ نفرة ٥٥٦ ، جيوار في البيع جـ ٢ فقره ٥٨٥ ، بودري لاكتري وسينيا في عقد البيع والمقايضة فقره ٥٥٢ ، - وهذا يعني بحق ان ما ذهب اليه هذا الجانب ليس الا اعلانا من جانب الدائن بانه سيفسخ العقد ، وليس انذارا بالدفع .

(٢) بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقره ٤٣٦ ، - في نفس المعنى نقض عرائض ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ ، جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ٢٨٩ وفي نفس المعنى بلانيول ريبير وهامل جـ ١٠ فقره ١٦٥ مالوري في عقد البيع فقره ١٨١٢ .

** الفصل الثانـــــي **

موقف كل من الدائن والمدين من عمل الشرط الفاسـخ

١٨٧ - بادئ بدء ، يجدر بنا ان نتساءل ، هل يحدث فسخ العقد بمقتضـــــى الشرط الفاسخ الصريح تلقائيا بمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ ، ام ان ذلك مرهـــــون باعلان ارادى من جانب الدائن ، وبالتالي حق المدين في التنفيذ قبل ذلك الاعـــلان ولو كان متأخرا ؟..... وهل يستطيع الدائن ان يعدل عن استعمال حقه في الفســخ ويتجه الى المطالبه بالتنفيذ طبقا للمادة ١٥٧ من التقنين المدنى ؟...

ومن جهة اخرى هل تعتبر مطالبة الدائن بالتنفيذ نزولا منه عن حقه في الفســـخ بارادتـــه ام ان تلك المطالبه لا تغير من الامر في شيء ، ويستمر بقاء حق الدائــــن في الفسخ عند تحقق عدم التنفيذ ؟....

ثم كيف يكون موقف كل من الدائن والمدين عند ما يكون الاجل المحدد للتنفيـــــذ اجلا غير جوهرى او عند ما يكون جوهريـــا .

سنحاول الاجابه عن تلك الاسئلة بالتتابع في المباحث التاليــه .

** المبحث الاول **

الفسخ الاتفاقي ومدى حق الدائن في الخيار

أولا : -

ضرورة اعلان الدائن رغبته فى الفسخ : -

١٨٨ - قد يبدو لاول وهلة من قراءة نص المادة ١٥٨ ، انه بمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ فى عقد يتضمن شرطا فاسخا صريحا ، ان ينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعلان مسبق من الدائن بقصد التمسك بالفسخ ، فالمادة السابقة تقول بانه يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا يوهم ان مثل هنا الاتفاق يجعل من العقد الذى تضمنه عقدا معلقا على شرط فاسخ عند عدم التنفيذ بحيث اذا تحققت واقعة عدم التنفيذ انفسخ العقد من تلقاء نفسه بالنسبة للدائن والمدين على السواء على اعتبار انهما امام واقعة تمت ومركز نهائى ، بحيث لا يسع كل منهما الا ان يتمسك بالاثار التى ترتبت عليها[1] لذلك فالفسخ هنا لا يتوقف على ارادة الدائن ، بل ينفسخ العقد عليه رغم ارادته ومن ثم يجوز للمدين ايضا ان يتمسك به ، ونذكر فى هذا الصدد ما قاله الاستاذان بودرى لاكنتنرى وبارد بانه عندما يتفق على انه فى حالة عدم التنفيذ يقع الفسخ بقوة القانون وبدون اعذار ، يتعين القول بان مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه يفسخ العقد دون ان يكون على الدائن ان يعبر عن ارادته فى ذلك ، وان مثل هذا الاتفاق يكون بالضرورة نادرا كما انه يقدم للمدين مكنة فسخ العقد بارادته وحدها فيما خلا التزامه بالتعويض[2] .

غير اننا نعتقد بأن هذا القول غير صحيح لامور منها ان عدم التنفيذ لا يجوز اعتباره فقط واقعه شارطه تتمخض عن اتفاق بين الطرفين ، ولكنه عنصر جوهرى يجب توافره لامكان اقرار الفسخ ، وان العقد الذى تضمن شرطا فاسخا صريحا يكون من شأنه فسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ انما يقصد منه رعاية مصلحة الدائن فقط وليس مصلحة المدين ومما يؤيد ذلك ما ذهبت اليه محكمة مصر الكليه[3] عندما قالت بان الاتفاق فى عقد الايجار على ان يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الاجره ليس تعليقا للعقد على شرط فاسخ بكل معناه اذا ان النتيجه اللازمه لهذا التعليق ان يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الاجره فى حين قد يرغب الدائن الاستمرار فى تنفيذ العقد عنا رغم التأخير

يجوز ان يتمسك به او يتنازل عنه .

وهكذا لا يجوز للمدين ان يتمسك بالفسخ . فهو حق للدائن يجوز له ان يتمسك به وحده . اذا هو الوحيد المضرور من عدم التنفيذ في حين نجد ان المدين هو المسئول عن عدم التنفيذ وبالتالي لا يجوز ان يستخدم المدين الشرط لمصلحته ولا يعقل ايضا ان يكون مصير العقد بيده لكي يقوم من جانبه بوضع نهاية لفشله عند عدم تنفيذه التزاماته (٤) .

ويترتب على ذلك بانه لا يحق للمدين بدعوى تلقائية الفسخ في الاشتراط الصريح للفسخ ان يتذرع بتعديه وخطئه ويرفض الاداء المتأخر لمجرد انه لم يؤده في وقته اذا ما طلبه الدائن فالشرط الفاسخ الصريح ما هو الا اشتراط وضع ضده وليس لصالحه ولذلك فانه لابد وان يكون زمام العقد المشتمل على ذلك الشرط بيد الدائن فيظل العقد قائما رغم عدم التنفيذ الى ان يطلب الدائن فسخه او يطلب تنفيذه .

---

(١) = راجع في هذا المعنى نقض مدني فرنسي ٢ يولية سنة ١٨٦٠ سيرى ١٨٦٠ - ١ - ٧٠٥ ، ١٠ مارس ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢٠٥ ، نقض عرائض فرنسي ٢١ مارس ١٨٩٢ سيرى ١٨٩٣ - ١ - ٢٢٩ ، ٢٠ ابريل سنه ١٩٤٧ جازيت دى باليه ١٩٤٧ - ٢ - ٣٢ .

(٢) = بودري لاكنتنرى وبارد المطول النظري والعملي للقانون المدني جـ ٢ فقره ٩٦٠ ص ٨٤ .

(٣) = محكمة مصر الكلية (دائرة القضاء المستعجل ٢٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماه ١٣ - ٩٥ - ٢١٦ - وانظر فقره ٨٩ ص ٢٩٤ في الاشاره الى حكم محكمة النقض المصريه بتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ .

(٤) وفي هذا الصدد يقول بوريكان "Borricand"

il serait injuste que le débiteur pusse se creer un droit pour l'inexécution des ses propres obligations

وترجمته بانه ليس من المعقول ولا من العدل في شيء ان يخلق المدين لنفسه حقا بسبب عدم تنفيذه للالتزامه ويقول ايضا

et la clause de résolution de pleir droit ne peut etre considere comme conferant a la partie défaillante de prendre de la rupture.

المقال السابق فقره ٢٢ ص ٤٤٨

ويوجة هذا ان الفسخ الذى كانت تقتضية مصلحة الدائن وقت ابرام العقد قد يصبح فى غير من صالح الدائن وقت تحققه عدم التنفيذ • فى حين يكون الفسخ عند المدين اجدى من التنفيذ المتأخر نتيجة للدور الذى يؤدية الترابط بين الالتزامات من حيث التنفيذ بالقياس الى الترابط بينهما من حيث النشأة •

وازاء هذا التغير الذى يصيب التوازن بين الاداءات وما يترتب علية من تعارض فى المصالح بحيث يصبح الفسخ اجدى للمدين من التنفيذ المتأخر ، وتصير مصلحة الدائن فى الحصول على الاداء المقابل رغم تأخره اكبر من الحصول على الفسخ • يكون من المتعين للمحافظة على مصلحة الدائن وهو من وضع اشتراط الفسخ لصلحته الا يكون لهذا الاشتراط اثر تلقائى بل يكون للدائن الخيار بين التمسك بالفسخ او المطالبه بالتنفيذ ، اما اذا وجد ان مصلحة تقتضية ان يتمسك بالفسخ فلا يقع الفسخ لمجرد عدم التنفيذ بل يقع عندما يتمسك بـه •

١٨٩ - حاصل ما تقدم ان العقد الذى يقترن به اشتراط اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ لا ينفسخ لمجرد تحقق عدم التنفيذ بل يكون الامر متروكا لتقدير للدائن ينفسخ العقد فقط اذا تمسك الدائن بالفسخ على اثر عدم تنفيذ المدين لالتزامه ولذلك يبدو لنا ان عبارة (من تلقاء نفسه الوارده فى الماده ١٥٨ لا تعنى ان العقد ينفسخ بمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ من جانب المدين بدون توقف على ارادة الدائن عندما يصدر منه تعبير عن ارادته فى التمسك بالفسخ • وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية(1) بانه اذا كان العقد مشروطا فيه انه اذا خالف المستأجر اى شرط من شروطة فالمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفه بدون احتياج الى تنبية رسمى ، فهذا شرط فاسخ صريح ، ولا يؤثر فى مدلول هذا الشرط

---

(1) نقض مدنى ١٤ سنة ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما جـ ٢ ص ٨٥٢ رقم ١٣٠ ، فى نفس المعنى ايضا محكمة النقض الفرنسية حيث قالت بان اشتراط الفسخ يترتب علية بقوة القانون فسخ العقد فورا ابتداء من الوقت الذى يعلن فيه الدائن ارادته فى هذا الصدد
le pacte commissoire opere de plein droit la résolution immediate de la convention a la date ou s'est manifesté la volonté du créancier" انظر فى نفس المعنى ايضا
cass. com.29 juin 1954 Bullcass 1954-III n'235, Req 8 mai 1901 D.P.1903,1,49, Angers 31 oct. 1956,yop.56,11, 96-15, not p.Nancy. 7 mai 1947. D.47 com.26. cf, cass 4 mai 1920 , D.P 26.1.37.

وارادة القانونى ان يكون التمسك به من حق المؤجر وحده لانه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر .

والى جانب ذلك يكاد الفقه المصرى(1) وغير المصرى(2) يجمع على هذا المعنى فنجد استاذنا الدكتور الشرقاوى يقول " على انه مهما كان شرط الفسخ قاضيا بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او اعذار . فان هذا الفسخ لا يقع الا بناء على تمسك المتعاقد الذى يكون دائنا بالالتزام الذى حدث الاخلال به . فالشرط مقرر لمصلحة هذا الدائن . ولا يجوز لغيره التمسك به . ولو قيل بغير ذلك لاصبح المتعاقد (المدين) قادرا على التحلل من رابطة العقد المقترن بشرط الفسخ بمجرد امتناعه عن تنفيذ التزامه .

ولذلك فالدائن هو صاحب الحق فى الاختيار بين اعتبار العقد مفسوخا وفقا للشرط وبين المطالبة بالتنفيذ لاجبار المدين علية . رغم تأخره فى التنفيذ او اتمامه بطريقة غير مناسبه مما يتوافر معه نفاذ شرط فسخ العقد بقوة القانون(3) .

---

(1) السنهورى فى الوسيط جـ ١ فقره ٤٨٥ ص ٨١٥ حيث يقول بانه يترتب على اشتراط الفسخ الا يعتبر العقد مفسوخا الا اذا اظهر الدائن رغبته فى ذلك . فى نفس المعنى حشمت ابو ستيت المرجع السابق ص ٣٤٤ وما بعدها . البدراوى المرجع السابق ص ٥٥٧ . عبد الحى حجازى المقال السابق ص ٦ الاستاذ جميل الشرقاوى مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٦ ص ٣٩٧ ، ٣٩٨ .

(2) فير جانيل دروس فى نظرية الالتزام ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ٣٥٢ ، اوبرى ورو جـ ٤ ص ١٨١ ، دى باج جـ ٢ فقره ٨٩٧ ص ٨٠٣ ، بلانيول ريبر واسمان جـ ٦ ص ٥٨٧ وما بعدها .

(3) مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٦ ص ٣٩٧ ، ٣٩٨ . اما الاستاذ البدراوى فيقول " يلاحظ بان الشرط الفاسخ الصريح انما وضع لصالح الدائن الذى له وحده حق التمسك به دون المدين . ومعنى ذلك انه لا يجوز للمدين ان يتمسك بانفساخ العقد بمجرد عدم تنفيذه له ليتفادى بذلك تنفيذه تنفيذا عينيا . والا تركنا فى يد المدين زمام العقد . ان شاء نفذه وان شاء لم ينفذه . ولذلك فان الشرط الفاسخ الصريح لا يعمل به الا بناء على طلب الدائن نفسه . وله اذا شاء ان ينزل عنه ويطلب تنفيذ الالتزام وبقاء العقد " المرجع السابق ص ٥٥٧ ونجد نفس المعنى فى مذكرة المشروع التمهيدى حيث تقول " اما الفسخ الاتفاقى فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة الى حكم قضائى عند التخلف عن الوفاء وانما يبقى الخيار للدائن بداهه فيكون له ان يرغب عن الفسخ ويصر على التنفيذ (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ الالتزامات مصادر الالتزام ص ٣٢٨) . وفى هذا الصدد ايضا يقول ليابته

= وإذا نزل عنه الدائن ، عاد للمدين الحق في الوفاء بالتزامه قبل الحكم بالفسخ وفقا لاحكام الفسخ القضائي (نقض مدني ٣١ مايو - ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ١٤٥ - ٣٣ - ٢٩٢ ، - ونشير هنا الى ان القانون المدني الايطالي كان اكثر القوانين توضيحا لهذا المعنى عند ما نص في المادة ١٤٥٦ على انه في حالة اشتراط فسخ العقد عند عدم التنفيذ لالتزام معين ، يقع الفسخ بقوة القانون عند ما يعلن الطرف صاحب الشأن الى الطرف الاخر انه يتمسك بالفسخ وقد جاء ايضا في الاعمال التحضيرية لهذا القانون انه " لما كان من الممكن ان يكون للدائن مصلحة في تنفيذ العقد حتى مع عدم التنفيذ المنصوص عليه في الاشتراط الصريح ، وجب الا يترتب على مجرد عدم التنفيذ وقوع الفسخ وكان لابد للطرف الذي يريد ان يتمسك بالفسخ ان يعلن ذلك الى الطرف الاخر وجاء في مكان اخر من هذه الاعمال انه قد تم استبعاد الاثر التلقائي المطلق لاشتراط الفسخ لما ان هذه التلقائية قد تصبح غير متفقة مع مصلحة الدائن وقت تحقق عدم التنفيذ ومن ثم يجوز للدائن ان ينزل عن اثر الاشتراط الفاسخ الصريح بالا يعلن رغبته في التمسك به " (مشار اليه في عبد الحي حجازي المقال السابق العدد الاول ا سنه الثانيه ص٦) الى جانب ذلك استقر قضاء محكمة النقض الايطالية على هذا المعنى . مثال ذلك ما قضت به ان الاتفاق الصريح على الفسخ لا يعمل من تلقاء نفسه ، بل يجب لانتاج اثاره ان يعقب عدم التنفيذ اعلان من جانب من اشتراط الفسخ لمصلحته يتمسك فيه بالفسخ . ويظهر نفس الاتجاه في حكم حديث لها بينت فيه انه لا يترتب على اشتراط الفسخ ان يصبح الفسخ عند عدم التنفيذ امرا حتميا ، فقالت انه اذا اتفق الطرفان صراحة على ان العقد ينفسخ في حالة عدم تنفيذ التزام معين ، فانه لا ينجم عن ذلك حتما فسخ العقد كنتيجة لعدم التنفيذ كما انه يجوز للدائن ان ينزل عن اثار هذا الاتفاق الفاسخ مع ما يترتب على ذلك من وجوب استبعاد كل اثر للاشتراط (نقض ايطالي ٢١ نوفمبر ١٩٥٨ Gust. civil. mass - ١٩٥٨ رقم ٣٧٧٤ ص ١٣٦٠ ، شار اليه في عبد الحي حجازي المقال السابق ص/٧ .

ثانيا : أثر اختيار الدائن المطالبه بالتنفيذ على امكانية التمسك بالفسخ :

١٩٠ ـ بعد أن تبين لنا أن الاتفاق على الفسخ بناء على شرط فاسخ صريح لايترتب عليه أن يصبح الفسخ أمرا حتميا ان تحقق عدم التنفيذ ، بل لابد من ضرورة التمسك به من قبل الدائن اذ يبقى للدائن رغم ذلك حقه في الخيار بين طلب التنفيذ وبين التمسك بالفسخ (١) ولنفرض الآن أن الدائن الذى له الحق في الفسخ لم يتمسك بالفسخ وطالب بالتنفيذ عوضا عنه فهل يسقط حقه في التمسك بالفسخ بعد ذلك وفقا للمادة ١٥٨ .

لقد تحدثنا في السابق بصدد الكلام عن الفسخ القضائي (٢) بأن أمرا هكذا جائز اذ للدائن الحق اذا بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعود فيرفع دعوى الفسخ ، لكن هل يصدق نفس الحل عندما يكون هناك اتفاق على فسخ العقد بمقتضى شرط فاسخ صريح .

للاجابة على ذلك لابد لنا في البداية من الاشارة الى أن الدائن يملك حرية أعمال حقه في الخيار سواء كان في المطالبه بالتنفيذ أو المطالبة بالفسخ ، وتبعا لذلك لايمكن القول بأنه اذا اختار أحدهما يعتبر اختياره هذا نهائيا أو باتا .

فحق الخيار لايختفي ولا يزول الا اذا تنازل عنه الدائن بصورة واضحه ومؤكده ، كما أسلفنا

---

(١) لقد أثير التساؤل بأنه اذا تمسك الدائن بالفسخ بناء على شرط فاسخ صريح هل يترتب عليه حرمانه من حقه في المطالبه بالتعويض ذهب جانب من الفقه الى القول بأن الاشتراط في العقد على شرط فاسخ صريح يتضمن تنازلا مسبقا من جانب الدائن عن حقه في المطالبه بالتعويض (بلانيول وريبير وهامل ج ع ١ عقد البيع فقرة ٢ ٨ر ، بودرى لاكنتنرى وبارد ج٢ فقره ١٧٣) غير أننا نعتقد أن هذا القول لايحتوى على أى قدر من الصواب ذلك لأن أمر التعويض يرتبط ارتباطا مباشرا بالضرر الذى أحدثه عدم التنفيذ أما الفسخ فيرتبط فقط بعدم التنفيذ وبالتالى لايمكن الحديث عن التنازل المسبق عن التعويض الا اذا كان هناك اتفاق صريح على هذا التنازل وهذا أمر جائز بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ التى تقول بجوازالاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤوليه تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ، ومما يؤكد ماذهبنا اليه ماقضت به محكمة النقض الفرنسيه حديثا في حكم لها بتاريخ ٢٦ يناير سنة ١٩٦٣ اذ أقرت لقضاة الموضوع الحق في منح الدائن التعويض بسبب الضرر الذى أحدثه المدين من جراء عدم التنفيذ الخاطئ . نقض تجارى ٢٦ يناير سنة ١٩٥٣

(٢) راجع فقرة ١٧٧ في الباب الخاص بالفسخ القضائي .

و بالتالى لايعتبر الاشتراط فى العقد سينفسخ بقوة القانون فى حالة عدم التنفيذ نزولا عن حق الدائن الطبيعى فى الاستفادة من المطالبة بالتنفيذ باعتباره الاصل .

واذا كنا قد وصلنا الى ذلك فهل يستطيع الدائن فى العقد المقترن بشرط فاسخ صريح أن يطالب بالتنفيذ ، وهل اذا طالب بذلك يسقط حقه فى التمسك بالفسخ ، ذهب جانب من الفقه(١) الى القول بأن الدائن فى حالة الاتفاق على الفسخ بارادة واحدة عند عدم التنفيذ يكون بالخيار بين الفسخ والتنفيذ المتأخر فاذا اختار التنفيذ المتأخر انسد فى وجهه اعمال حقه بالتمسك بالفسخ بصفة نهائية ، ويترتب على ذلك خضوع العلاقة التعاقدية للقاعدة الواردة فى المادة ١٥٧ ، أى أن الدائن اذا طالب بالتنفيذ المتأخر ينزل عن حقه فى الفسخ بارادته المنفردة ويبقى له طبعا الحق فى الالتجاء الى الفسخ القضائى .

أما الجانب الآخر من الفقه(٢) فيذهب الى أنه اذا كان هناك عقد يتضمن اتفاقا صريحا على الفسخ بارادة واحدة عند عدم التنفيذ ولم ينفذ المدين التزامه وطالبه الدائن بالتنفيذ بدلا من التمسك بالفسخ ، فلا يمتنع عليه اذا ما استئنس من تنفيذ المدين أن يفسخ العقد بتعبير يوجهه الى المدين يبلغه فيه بأنه يتمسك بالفسخ ، ففى هذا الصدد يقول بوريكان(٣)

"L'action en exécution intentée par le créancier ne saurait faire obstacle , a elle seule , au droit de ce dernier d'invoquer le bénefice de la claus résolutoire.

---

(١) La torre : concessione di dilazione e riunzia al portere risolutiv. Foro itali , 1952-1-82.

مشار اليه عند عبد الحى حجازى المقال السابق ص ٨

Laurent: OP.Cit. n'168, Huc OP.Cit., n'281; Demante et colment santerre OP.Cit., tVII n'101 bis , Guillourad OP.Cit. t.11 N'586.

مشار اليه فى بوريكان هامش رقم ٧٨ ص ٤٤٩ المقال السابق

(٢) أوبرى ورو جـ ٤ المرجع السابق ٣٠٢ ص ١١٨ هامش ٢٨٨ ، بوريكان المقال السابق المجلة الفصلية ١٩٥٧ ص ٤٥٠ ، كاربونيه فى مقاله بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص ٣٢٠ .

(٣) بوريكان المقال السابق ص ٤٥٠ .

وترجمته ، بأن دعوى التنفيذ التى أقيمت من جانب الدائن لايمكن أن تكون عقبه أمام هـذا الأخير فى عدم الاستفادة من الشرط الفاسخ .

١٩١ـ ويزيد على ذلك أحد أنصار هذا الرأى فيقول بأنه اذا جاز أمكن القول بأنه يترتب على المطالبه بالتنفيذ سقوط الحق فى الفسخ القضائى فإن مثل هذا القول لامحل له فى الفسخ الاتفاقى (الاشتراط الصريح للفسخ) ويرجع ذلك عند صاحب هذا الرأى الى أن الفسخ القضائى هو علاج استثنائى ، غير عادى اذ يعتبر أسوأ الحلول من الناحيه الاجتماعية لما أن العقد قد أبرم ليعيش، بوالتالى لينفذ لذلك يجب ترجيح كل مامن شأنه زوال الحق فى ذلك الفسخ ، وهذا على خلاف الحال فى الفسخ المشترط صراحة فى العقد اذ الفسخ فى هذه الحالة لم يعد مجرد دعوى تمارس أو حقا اجرائيا ، وبالتالى حقا ضعيفا بل هو حق تعاقدى مستقر وله من الثبات ما يستبعد كل قرائن النزول(١) .

وهكذا يتبين لنا وفقا لهذا الرأى بأنه لايجوز اعتبار الدائن نازلا عن حقه فى فسخ العقد بارادته المنفرده ، لمجرد أنه بدأ بمطالبة المدين بالتنفيذ بدلا من التمسك بالفسخ ، وهذا الرأى فى نظرنا هو الاقرب الى الصواب ، الى جانب اتفاقه مع طبيعة التعامل وحسن النية والعدالة اذ المفروض أن نعمل دائما على تنفيذ العقود باعتبار أن المتعاقدين لم يبرما العقد الا من أجل تنفيذه ، وما الهدف من الاتفاق الصريح على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ الا لتقوية حماية حق الدائن عند عدم التنفيذ المدين لالتزامه فلا يعقل اذا طالب الدائن بالتنفيذ ،وهذا هو المقتضى الطبيعى للعقد أن يعتبر متنازلا عن حقه فى الفسخ بارادة واحدة ، وهو الحق الذى اشترطه لحالة عدم التنفيذ .

ووفقا لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية(٢) أنه " اذا كان العقد مشروطا فيه أنه اذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه فالمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول المخالفة بدون احتياج الى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء . . . فهذا شرط فاسخ صريح . . وأن

(١) Carbonnier, du droit pour le vendeur impaye de se prévaloir d'une clouse réslotoire expresse même aprés avoir poursuive l'zxécution du contrat, revu trim 1954, P.320-321 - Borricand - obs- Rev trim dr. civ. 1957 P.450.

القول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود ، لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج الا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه ، وليس في المطالبة بالأجرة مايدل على ذلك ، اذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر في دفعها .

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه " اذا كان سند الدائن يخوله الحق في طلب التنفيذ والحق في طلب الفسخ فلا يعتبر متنازلا عن الحق الثاني لمجرد استعماله للحق الاول (1) .

١٩٢ـ وقد يثور التساؤل حول ما اذا كان الدائن قد منح مدينه أجلا هل يعتبر ذلك نزولا ضمنيا منه عن حقه في الفسخ بارادته ... في البداية يمكننا القول بأن الحق في الفسخ بارادة الدائن الناشئ من الاتفاق مقدما على الفسخ عند عدم التنفيذ يجوز كغيره من الحقوق أن ينزل عنه صاحبه صراحة أو ضمنيا ، واذا مانزل عنه الدائن ضمنيا ذلك أنه لم ينزل الا عن التمسك بالمادة ١٥٨ ويبقى حقه سليما في الالتجاء الى الفسخ القضائي المقرر في المادة ١٥٧ ونعود الى السؤال الذي أثرناه وهو هل اذا كان الدائن قد اتخذ مسلكا معينا يعتبر نزولا ضمنيا عن الحق في التمسك بالفسخ المقرر في المادة ١٥٨ وخاصة عندما يمنح مدينه مهلة ليقوم في خلالها بالتنفيذ ...؟ للاجابة على ذلك لابد لنا أن نثير هذا الأمر في فرضين ، الأول منح مهلة قبل حلول ميعاد التنفيذ ، الثاني : أن يكون منح هذه المهلة بعد حلول ميعاد التنفيذ .

---

(1) نقض فرنسي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٥٣ د اللوز ١٩٥٤ ـ ٢١

"Le créancier, à qui son titre donne, tout à la fois , une action en exécution et l'action résolutoire , n'est pas presumé avoir renoncé â celle - ci parce qu'il exerce la premier.".

١- منح المهلة قبل حلول ميعاد التنفيـــذ :

الثابت في هذا الفرض أن منح المهلة لا يعتبر نزولا ضمنيا من جانب الدائن عن الحق في الفسخ لأن قبولها من جانب المدين ، يعني الاتفاق على اطالة مدة العلاقة ، بحيث ينتقل سبب الفسخ (عدم التنفيذ) في الزمان الى وقت لاحق هو الأجل الجديد ، وبالتالي فان عدم التنفيذ في الوقت الذي كان قد اتفق عليه أصلا لكي يكون ميعادا للتنفيذ لا يعتبر عدم تنفيذ ولا تأخير في التنفيذ ، ولا شك أن هذا الموقف يعتبر تضحيه من جانب الدائن بعوضها التقوية الاتفاقية للحماية التي كانت له ، بحيث تظل موجودة على ماكانت عليه دون تغير الى الوقت الذي يتحقق فيه فعلا عدم التنفيذ عند حلول الميعاد الجديد وتتمثل تلك الحماية في امكان مباشرة حقه في فسخ العقد[1] .

٢- منح المهلة بعد حلول ميعاد الاستحقاق :

يبدو لنا من هذا الفرض أن دلالته على النزول عن مكنة الفسخ لا تعتبر في كل الأحوال نزولا من جانب الدائن عن التمسك بالفسخ وللوصول الى حقيقة المقصود ، ينبغي أن نتعرف على حقيقة زمن التنفيذ في خلال ارادة المتعاقدين هل نص المتعاقدان على فسخ العلاقـــة التعاقدية بارادة واحدة كنتيجة حتمية لكون ميعاد التنفيذ يعتبر أجلا جوهريـــا

---

(١) وتجدر الاشارة الى أن مثل هذا الامر لم يثر في الفقه المصري أو الفرنسي ولكن أثير في الفقه الايطالي ، وقد أورد الاستاذ عبد الحي حجازي تحليلا لهذا الموقف (العدد الاول السنة الثانية سنة ١٩٦٠ ص ١١ وما بعدها) وهو يستند في ذلك الى آراء الفقيه الايطالي لاتوري الذي سبقت الاشارة اليه La Torre ومن جهة أخرى ذهبت محكمة النقض الايطالية الى أن التسامح في المطالبة باحترام بعض الشروط العقد ، وبخاصة التساهل الذي يبدوا من المؤجر عند تأخر المستأجر في دفع الاجرة يعتبر من قبيل النزول عن الحق في الفسخ بارادة واحدة (نقض ايطالي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ Rep, Foro Ital رقم ٢٤٢) الا أن بعض الفقه هناك ذهب الى أن هذا الاتجاه لا يجوز اعتباره قاعدة عامــه فيما يتعلق بالتسامح في تأخير المدين في التنفيذ وبخاصة اذا لم يتجاوز هذا التأخيـر حدا معينا لا يجوز اعتباره كقاعدة عامه نزولا عن الحق في الفسخ بارادة واحدة والرجوع بذلك الى أحكام الفسخ القضائي ذلك أن هذا التسامح يبعد أن يكون تعبيرا عن ارادة مخالفة لارادة الفسخ بارادة واحدة ، ان هو الا مجرد محاولة لتمكين المدين من التنفيذ من غير ذلك الاستعجال الشديد الذي يضر المدين وقد لا يفيد الدائن (موسكو في فسخ العقـد لعدم التنفيذ ، مشار الى ذلك في مقال عبد الحي حجازي السابق ص١٠٠) .

أم ه أنهما كا نا يقصد أن اشتراط الفسخ فى حالة عدم التنفيذ الالتزامات عن العقد عندما لا يكون الميعاد جوهريا •

فاذا كان الميعاد أو الأجل جوهريا ، فانه من الواضح أن الدائن بمجرد اعطائه المدين مهلة للوفاء يدل على أن الأجل لم يعد عنده جوهريا فهو عندما يمنح المدين مهلة للوفاء يكون قد قبل أداء يكون متأخرا عن التاريخ الذى كان محددا فى أول الامر على اعتبار أنه لا تجوز مخالفته ويتفرع على ذلك أن الاجل الجديد لا يعتبر أجلا جوهريا يمنح سلطة الفسخ فى عدم مراعاته وبذلك لم تعد تخضع العلاقة القانونية فى فسها للمادة ١٥٨ بل للقاعدة العامة المقررة فى المادة ١٥٧ الا أنه لكى يحتفظ هذا الأجل الجديد بطابع الجوهرية لابد أن يثبت ذلك باتفاق صريح على الفسخ يكون مخصصا لذلك(١) .

أما اذا كان الأجل المحدد فى الاتفاق أجلا غير جوهرى ، يقصد منه فقط تجريد القاضى من سلطة فسخ العقد ، واعطائها للطرف الذى سيتضرر من عدم التنفيذ فان منح الدائن مهلة للوفاء لا يجوز اعتباره نزولا عن سلطة التمسك بالفسخ اذ لا يعدوا أن يكون هذا معادلا لاختيار الدائن طلب التنفيذ المتأخر ، والتنفيذ المتأخر فى حد ذاته لا يؤثر فى حق الدائن الذى له أن يتمسك باشتراط الفسخ اذا تحقق سببه •

---

(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض الايطالية عندما قضت بأن " منح المهلة بعد حلول ميعاد الاستحقاق اذا حصل بلاقيد ولا شرط ـ يمكن اعتباره نزولا عن الفسخ المشترط لحالة عدم احترام الميعاد ـ أما اذا اقترن هذا المنح باتفاق جديد نص فيه على أن الأجل الذى هو أجل لا يجوز اهداره وجب اعتبار أن اشتراط الفسخ الصريح لا يزال قائما" وقضت أيضا بأن منح المهلة لا يعتبر نزولا عن سلطة الفسخ بارادة واحدة اذا كان منح المهلة مسبوقا باعلان عن ارادة الدائن فى مطالبة المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا صحيحا فى الميعاد الذى حصل مدة (نقض ايطالى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٥٥ رقم ٣١٠٩ Guist : civ mass ص ١١٦٠) " مشار اليه فى مقال عبد الحى حجازى المقال السابق ص ١٠١ ونجد صدى مثل هذا الامر فى القانون الانجليزى ، فكما يقول برنارد جيسون فى رسالته بأن القانون الانجليزى يجيز بأن يكون هناك اتفاق بين الأطراف على اطالة المدة المحدده للتنفيذ ، ويجيز أيضا الاتفاق على أن تنازل الدائن عن الاستفادة من شرط جوهرى يغير فيه ميعاد التنفيذ هو الموعد النهائى له (أنظر رسالته السالفة الذكر من ص ٢٠٩ الى ص ٢٢١) •

ثالثا : أثر اختيار الدائن التمسك بالفسخ على امكانية المطالبة بالتنفيذ :

١٩٣- لقد قلنا فى السابق بأن الفسخ فى العقد الملزم للجانبين والمتضمن شرطا فاسخا صريحا لا يقع تلقائيا عند حدوث واقعة عدم التنفيذ ، بل لابد من أن يتمسك به الدائن عن طريق تعبير يوجهه الى الطرف الآخر يخطره فيه أنه يتمسك بالفسخ أى أن الفسخ لا يقع الا باجتماع واقعتين تقع احداها بعد الأخرى - عدم التنفيذ والتمسك بالفسخ[1].

فعدم التنفيذ ينشأ به للدائن الحق فى الفسخ ، أما التمسك بالفسخ فيتحقق به الفسخ ولذلك لا يجوز للدائن أن يتمسك بالفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ لعدم نشوء الحق فى الفسخ ولا يجوز للمدين أن يتمسك بالفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ وقبل تمسك الدائن بالفسخ لانه قبل تعبير الدائن بالفسخ لا يزال العقد قائما فالفسخ ينشأ للدائن بواسطة استعماله لحقه الارادى[2] بتعبير يرسله للمدين على أثر عدم التنفيذ .

والتعبير بالفسخ كما يذهب الفقه هو تعبير واجب التسلم ، فهو تصرف قانونى من جانب واحد يجب أن يرسل الى الطرف الآخر بحيث ينتج أثره من وقت اتصاله بعلم من وجه اليه "المادة ٩١"[3] . وتجدر الاشارة الى أن المادة ١٥٨ السالفة الذكر لم تشترط أن يعلن الدائن الى المدين رغبته فى التمسك بالفسخ ، فلقد وقفت عند بيان عناصر اشتراط الفسخ دون أن تبين كيفية اعمال هذا الاشتراط ، ونعتقد أن هذه المادة لا تثبت ولا تنفى وجوب أن يقع الفسخ بتعبير الدائن، لذلك كان لابد أن نفهم الحكمة منها ومغزاها اذ لم تقصد جعل

---

(١) أنظر فى نفس المعنى بوريكان المقال السابق ص ٤٥١ .

(٢) أنظر فى تعريف الحق الارادى عبد الحى حجازى فى مقاله السالف الذكر ص ١٦ العدد الاول السنة الثانية حيث يقول بأن الحق الارادى هو سلطة تمكن صاحبها أن يحدث تغيرا فى المركز القانونى لشخص آخر دون مشاركة ارادة هذا الشخص ، وذلك بطريق تصرف من جانب صاحب الحق وحده ، ونذكر فى هذا الصدد ماذهب اليه أحد الفقهاء الايطاليين وهو جواد نزى من تعريف لهذا الحق بقوله بأن الحق فى استعمال الحق وانه فى حالة العقد المقترن باشتراط الفسخ يكون الحق الارادى هو الحق فى استعمال الحق فى الفسخ الذى يعطيه العقد للدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه (مشار اليه عند عبد الحى حجازى هامش ص ١٦ المقال السابق .

(٣) فى نفس المعنى القانون المدنى الالمانى باعتبار أن الفسخ فيه يقوم على ارادة الدائن وحده ، فهو يتم عن طريق اعلان يوجهه الدائن الى المدين يكون واجب التسليم وفى هذا الصدد يقول كونستانتيكو : la déclaration de resolution sont "déclaration de volanté unilatérale nécessitant réception" (Einseitige Empfangsbedur ftiqe willenserkaranger.)
- ويقول الاستاذ عبد الحى حجازى " بان التعبير الذى يتادى به الحق الارادى ليس تعبيرا عن علم Déclaration de science او عن حقيقة Déclaration de verité ، فهو ليس اخبارا وانما تعبير عن ارادة ، فهو تصرف من جانب

مصير العقد بيد المدين بل قصدت أن يكون مصير العقد بيد الدائن[1].

وليس هناك من شكل خاص لتعبير الدائن غير أن أفضل تعبير يوجهه الدائن الى المدين هو التعبير الصريح بالكتابة أو باللفظ ومع ذلك يجوز أن يكون التعبير ضمنيا بشرط أن يستخلص من وقائع تدل دلالة واضحة على قصد الدائن، وتتعارض في نفس الوقت مع أى ارادة أخرى.

وقد يحصل التساؤل عن الوقت الذى يجب أن يعلن فيه الدائن رغبته تلك، فهل هناك ثمة ميعاد يتعين على الدائن أن يعبر فيه عن ارادته فى الفسخ أو لا، والاجابة على ذلك يمكن استخلاصها من أكثر من وجه، الأول قد يكون الطرفان قد حددا الوقت الذى لا يجوز بعده للدائن أن يصدر تعبيره على وجه يعتد به قانونا، الثانى قد يخلو الاتفاق من ذلك وعليه فهل يجوز للدائن أن يتمسك بالفسخ بعد انقضاء مدة طويلة من وقت بداية عدم التنفيذ، المسألة محل خلاف، ذهب رأى الى القول بأنه اذا انقضت مدة طويلة لم يستعمل الدائن خلالها حقه فى التمسك بالفسخ اعتبر سكوته طوال هذه المدة نزولا من جانبه عن ذلك الحق وهذا استناد واضح لحالة من حالات السكوت التى يكون فيها تعبيرا عن الارادة[2]. والمعلوم أن السكوت بحسب الاصل لا يكون تعبيرا عن الارادة الا فى أحوال استثنائية عندما توجد ظروف خاصة يمكن أن تعطى للسكوت تعبيرا معينا (السكوت الملابس) ولهذا لا يجوز اعتبار سكوت الدائن عن التمسك بالفسخ فى كل الأحوال نزولا عن التمسك بالحق فى الفسخ. ومن جهة ثانية

بمعنى ان ينتج اثره من وقت اتصاله بعلم من وجه اليه، والى ذلك الوقت يكون التعبير قابلا للرجوع فيه بشرط ان يصل التعبير بالرجوع قبل وصول التعبير بالفسخ (المقال السابق ص١٦ / ١٧)

(١) وقد أوضحت فى هذا الصدد محكمة النقض الايطالية هذا الأمر فى قولها أن التعبير بالفسخ يجب أن يوجه الى المدين المقصر فى التنفيذ، وأنه لا يكفى أن يبهر الدائن للغير استعداده من عدم التنفيذ وأن يخبره بنية فى التمسك بالفسخ "(نقض ايطالى ٥ أغسطس ١٩٤٦ Ital mass- foro, مشار اليه فى عبد الحى حجازى المرجع السابق ص١٨ ٢) ناتولى - الشرط الفاسخ الصريح - الفورد الايطالى ١٩٤٤ - ٤٦ عدد ٥٤٣ مشار اليه فى مقال عبد الحى حجازى المرجع السابق ص١٩.

(٢) ناتولى - الشرط الفاسخ الصريح - الفورد الايطالى ١٩٤٤-٤٦ عمود ٥٧٣ مشار اليه فى مقال لعبد الحى حجازى المرجع السابق ص ١٩.

قد يقال بأن حماية المدين تقتضى أنه اذا انقضت مدة طويلة دون أن يستعمل الدائن حقه وجب اسقاط هذا الحق جزاء له على موقفه السلبى الا أن مثل هذا القول قد لا يكون مقبولا بصفة عامة ذلك لأن سكون الدائن عن استعمال حقه فى الفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ قد يفسر بوجود رغبة محمودة لدى الدائن فى تمكين مدينه من التنفيذ فلا يجوز أن يقابل تلك الرغبة المحمودة اصرار من جانب المدين على عدم التنفيذ ثم يحتج بعد ذلك على الدائن بسقوط حقه فى الفسخ الى جانب ذلك لا يجب أيضا أن يترتب على سكوت الدائن فى استعماله لحقه فى الفسخ تماد من جانب المدين فى عدم التنفيذ فاذا فعل ذلك فلا يجوز له أن يستمر فى عدم التنفيذ ثم يؤاخذ الدائن على سكوته عن فسخ العقد . ان المدين يستطيع أن ينفذ الى الوقت الذى يتمسك فيه الدائن بالفسخ وبالتالى لا يجوز أن يقال أنه مما يضر المدين أن يسكت الدائن عن التمسك بالفسخ مدة تطول أو تقصر.

١٩٤ - من كل ما تقدم نعود الى السؤال الأساسى وهو هل يستطيع الدائن الذى اختار الفسخ وأظهر تعبيره فى التمسك به وأرسله للمدين . أن يرجع بعد ذلك فى خياره ويطالب بتنفيذ العقد ...؟ يذهب الفقه فى مجموعه (١) الى عدم الموافقة على ذلك باعتبار أن الدائن حينما يعلن رغبته فى التمسك بالفسخ يكون الفسخ قد تم ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه . أما القضاء فنجد أن القضاء الفرنسى غير مستقر فى هذا الصدد اذ ذهبت بعض أحكامه الى تأييد الرأى

---

(١) أنظر مازو المجلة الفصلية ١٩٤٠-١٩٤١ ص ٢٦٦ السابقة - تعليق غير مسمى د اللوز ١٩٠٣-١-٤٠٩ ، M.P مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٦-٢-٥-٩٦١٥ ، د يمولومب جزء ٢ رقم ٤٧٩ ، اذ يقول فى وضوح أن تحقق الشرط الفاسخ الصريح أو الارادى المحض يعدم كل منهما العقد الى غير رجعة حتى لو أظهر المستفيد من الشرط نيته بعد ذلك ، فى أن يعيد الى هذا العقد قيمته الاولى " وهو يعطى نفس الحل فى حالة الشرط الفاسخ الضمنى اذا كان الشرط قد تحقق بصورة نهائية اما بمقتضى صدور حكم نهائى أو بالاتفاق مع الطرف الآخر اذا يكون كل شىء قد انتهى ، جيوار ج ٢ فقرة ٥٨٩ ، بوتيه المرجع السابق فقرة ٤٦١ ، بلانيول ريبر وبولانجيه ج٢ فقرة ٥٣٧ ، دى باج ج٢ فقرة ٨٨٥ مكرره ١١٠ تعليق على نقض تجارى ٢٧ اكتوبر ١٩٥٣ السالف الاشارة اليه ، عبد الحى حجازى المقال السابق ص٢١ وما بعدها العدد الاول السنة الثانية ١٩٦٠ وهو يشير الى كل من موسكو فسخ العقد لعدم التنفيذ ص٢١٧ ، جولد نزى الاشتراط الصريح للفسخ والتنفيذ المتأخر Foro Italiano ١٩٤٨-٥-٧١ ، أثرثى فى هامش نفس الصفحه .

الغالب للفقه(١) ، لأن التمسك بالفسخ من جانب الدائن من شأنه أن يجعل مطالبته بالتنفيذ بعد ذلك مرفوضا وغير مقبول ويستطيع المدين أن يتمسك به في مواجهة الدائن ، وفي المقابل ذهبت أحكام أخرى الى السماح للدائن بالمطالبة بالتنفيذ بعد تمسكه بالفسخ وقد جاء في أحد أحكامها بأن المؤجر يجوز له بعد أن أظهر نيته في التمسك بالفسخ أن يعدل عنه(٢) .

١٩٥ــ وفي ايطاليا ، ذهبت محكمة النقض هناك الى القول بأنه يجوز للدائن أن ينزل عن آثار اشتراط الفسخ سواء بعدم تمسكه بالفسخ أو حتى بعد تمسكه به وذلك بأن يتخذ مسلكا يتعارض مع ارادة التمسك بالفسخ ، ونحن نعتقد بأنه اذا كان يجوز تحول الدائن من الفسخ الى التنفيذ في الفسخ القضائي ، كما أسلفنا بحيث يجوز للدائن الذي طالب بالفسخ أن يعدل عن ذلك ويطالب بالتنفيذ فان هذا الامر قليل الحدوث أثناء نظر النزاع لأنه يعود في النهاية الى القاضي الذي يملك بصدده سلطة تقديرية واسعة اذ له وحده أن يقضي بالتنفيذ أو بالفسخ بالرغم من طلب الدائن غير أن القاضي لا يقضي بالفسخ الا اذا طلبه الدائن وهذا يعني بأن الدائن لو طلب الحكم له بالفسخ ، قد لا يحصل عليه

---

(١) عرائض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ سيري ٣٥ــ١ــ١٤٧٨ وفي نفس المعنى
Trib civ siene B. dec , 1940 . G.P. 41-1-250, il a eté jug. en matier de vent. cass Req - 24 Juill 1871, D.P 71-1-199.

(٢) عرائض فرنسي ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ ــ ١ ــ ٤٠٩

" Le bailleur , aprés avoir manifesté l'intention de se prevaloir de la dite claise , peut y renoncer".

لا ن القاضى قد يحكم بالتنفيذ لو كان ذلك ممكنا ، وبالتالى فان تحول الدائن للمطالبة بالتنفيذ ليس له معنى ، اذ هو من قبل تحصيل الحاصل كما أشرنا سابقا .

وهكذا نتساءل بغض النظر عن ماتقدم ـ هل اذا كان ذلك جائزا فى الفسخ القضائى أفلا يجوز فى حالة الاتفاق سلفا على الفسخ بارادة واحدة فيكون للدائن بعد اعلان رغبته فى التمسك بالفسخ أن يعدل عن ذلك ويطالب بالتنفيذ اذ قد يقال فى توجيه هذا الحل بأن اشتراط الفسخ قد وضع لصالح الدائن ، فلا يجوز أن يقلب عليه ومن ثم يسوغ له ان قدر بعد تمسكه به أنه فى غير صالحه أن يعدل عنه الى طلب التنفيذ ، فى اعتقادنا أن الامر هنا يختلف كل الاختلاف عما هو معمول به فى الفسخ القضائى اذ مايكاد الدائن عن نيته فى التمسك بالفسخ حتى ينفسخ العقد ومن ثم لا يتصور طلب تنفيذ العقد الا عند وجوده ، والغرض هنا أن العقد قد زال على أثر التمسك بالفسخ (١) .

فالتمسك بالفسخ كما سبق أن أسلفنا تصرف قانونى من جانب واحد ، والمعروف أن صاحب التصرف الأحادى لا يجوز له أن يرجع فى هذا التصرف بتصرف أحادى جديد ولما كان الرجوع يعتبر فى حد ذاته تصرفا أحاديا ، فانه لا يجوز للدائن الذى تمسك بالفسخ

---

(١) وفى هذا الصدد يتساءل بوريكان

Comment le créancier pourrait- il restituer sa force obligatoire à un lien de droit brise, redonner vie à contrat qui n'existe plus.

وترجمته كيف يستطيع الدائن أن يعيد القوة الملزمة لعلاقة قانونية زالت بإعادة الحياة لعقد لم ينفذ على الاطلاق (المقال السابق ص ٤٥٠) .

أن يرجع. فـــــى تمسكـــه [٢]. ومن جهة أخرى يكون التمسك بالفسخ من جانب الدائن في حالة اشتراط الفسخ سلفاء تصرفا كامل الفاعلية ، وبالتالى فان الخيار الذى يملكه الدائن ينقضى عند هذا الحد ويلتزم به صاحبه نهائيا ، ويكون للدائن عندئذ قد خلــق بعلانـــه التمسك بالفسخ مركزا قانونيا جديدا يجوز للمدين أن يحاج به الدائن ولا يستطيع الدائـــن وحده أن يمحو هذا المركز أو يعطله بل لابد من اتفاق جديد بين الدائن والمدين ان أراد بعث العلاقة الأولى مرة أخـــرى [٣] .

١٩٦ ــ وهكذا اذا كان الرجوع فى التمسك بالفسخ غير سائغ من الناحية الفنيـــة أو القانونية فهو أيضا غير سائغ من الناحية العملية، ذلك لأن المدين سيصبح تحت رحمة الدائن ان شاء ظل مصرا على الفسخ وان شاء رجع فيه مع مايترتب على ذلك من وضع المدين فى حالة من القلـــق وعدم الاستقرار لا يستسيغها احـد [١] .

فنفرض على سبيل المثال أن مؤجرا ما قد تمسك بالفسخ وفقا لما هو متفق عليه فـــى العقد ، على أثر ذلك انتقل المستأجر الى منزل جديد آخر استأجره ودفع الأجره بالفعـــل فهل يجوز بعد ذلك أن يعود المؤجـــر بعد انقضاء مدة طويلة أو قصيرة الى المطالبة بالتنفيذ ويعتبر العقد الذى سبق أن فسخه لا يزال قائما ، وهذا يعنى أن الفسخ الذى تم لا يكـــون نهائيا ، وهذا غير معقـــول .

وقد يكـــون الأمر أكثر صعوبة لو تعلق بعقد من العقود الواردة على الملكيـــة كعقد البيع أو المقايضة ، اذ الى أى وقت يكون على المدين أن يظل محتفظا فيه بالأداء الـــذى

---

(١) يقول جان مارتان دى لاموت "أنه لامراء فى أن عدم قابلية التصرف الأحادى للرجوع ناشـــئ من طابعة الأحادى فلان الارادة تتدخل وحدها كانت أقل قوة وأضعف انمانا منها فـــى الارادة الاتفاقية . مشار اليه عند عبد الحى حجازى المقال السابق .

(٢) بوريكان المقال السابق ص ٤٥٠ .

(٣) وفى هذا الصدد يقول بوريكان بأن السماح للدائن بالنزول عن الفسخ فى أى لحظة يشـــاء من شأنه أن يخلق حالة من الشك أو التردد أو الخوف فى نفس المدين والتى قد تطول الى مالا نهاية ينتظر فى كل لحظة مجئ الدائن ومطالبته اياه بالتنفيذ (المقال الســـابق ص ٤٥٠ ، ٤٥١) .

كان مستحقا فى ذمته بمقتضى العقد الذى تمسك الدائن بفسخه حتى يكون بعد ذلك مستعدا لتنفيذ التزامه فيما لو رجع الدائن فى الفسخ وعاد العقد مرة أخرى الى الحياة ... ؟ تلك النتائج يمكن القول عنها نتائج غير سائغة من الناحية العملية اذا فالصحيح هو أنه لايجوز للدائن الذى فسخ العقد بارادته المنفردة ، وفقا للعقد أن يرجع فيه لاصراحة ولا ضمنا متى أنتج الفسخ آثاره بوصول التعبير الى علم المدين ، فبهذا الحل لايكون أحد المتعاقدين تحت رحمة المتعاقد الآخر ويكون للمدين أن يسلك أحد طريقين فاما أن يقوم بالتنفيذ المتأخر واما أن يرضخ للفسخ اذا تمسك الدائن به(٢) وغنى عن البيان أنه متى تمسك الدائن بالفسخ لايجوز للمدين بعد ذلك أن يقوم بالتنفيذ ، لان العقد قد انفسخ ولا محل اذن لتنفيذ عقد غير موجود ، قضت محكمة النقض فى هذا المعنى ، " اذ تقول " متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على أن يقع الفسخ فى حالة تأخير المشترى عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجة الى تنبيه رسمى أو غير رسمى ، فان العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بالمادة ٣٣٤ مدنى (قديم) ولا يلزم اذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى ، ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فان ايداع الثمن ليس من شأنه ان يعيد العقد بعد انفساخه . (نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر رقم ٦٠ (ص ١٥٧) .

---

(١) وقد يبدو ان حق الدائن فى الخيار عند القانون الالمانى شيئا آخر يختلف كل الاختلاف عما هو معمول به فى كل من فرنسا ومصر فكما أسلفنا عند الحديث عن القانون الالمانى نجد أن هذا القانون لايعرف الا الفسخ بقوة القانون عن طريق تعبير يوجهه الدائن الى المدين (المواد ٣٢٦ ، ٣٩٦ ، ٢٨٣) ويترتب على ذلك أن الدائن ليس له الحق فى اللجوء الى الفسخ الا اذا استحيل التنفيذ العينى ، وطالما الامر كذلك بأن خيار الدائن يكون كالاتى اذا اختار المطالبة بالتعويض يجوز له بعد ذلك أن يعود فيختار الفسخ أما اذا اختار فى البداية التمسك بالفسخ ، فلا يجوز له أن يعود فيختار المطالبة بالتعويض أما ناحية الاسباب فان الاسباب التى سبق أن أشرنا اليها والمتعلقة بالتنفيذ والفسخ نجدها أيضا هنا فى مجال التعويض والفسخ (انظر حق الخيار الممنوح للدائن فى القانون الالمانى رسالة كونستانتيكو السابقة فى فسخ العقد الملزم للجانبين من باريس ١٩٤٠ ص ٢٨٩ وما بعدها حيث يستعرض مواقف القضاء الالمانى فى هذا الصدد وبالذات المحكمة العليا هناك وبعد ذلك ينتقدها .

" المبحث الثانـــي "

((الفسخ الاتفاقي ومدى حق المدين في التنفيذ المتأخـــر))

١٩٧ ـ لقد تحدثنا من قبل عن مدى الاتفاق على الفسخ من حيث القوه ووصلنا الـــى القول بأنه يجب أن يصدر من الدائن تعبير بالفسخ واجب التسليم يوجه الى المدين حـــتى ينشأ الفسخ وأن الفسخ لاينشأ الا بتوافر واقعتين هواقعة عدم التنفيذ في الميعاد وواقعـة التمسك بالفسخ من جانب الدائن ٠

ثم تحدثنا عن حق الدائن في المطالبه بالتنفيذ ابتداء بالرغم من وجود الشــــرط الفاسخ وقلنا بأنه جائز ٠اذ الاصل دائما أن تبرم العقود من اجل التنفيذ ، ومـــــا الفسخ الا علاج احتياطي يلجأ اليه عند الضروره ، وهو في نفس الوقت وسيلة ضامنه تحمـي الدائن ثم انتقلنا بعد ذلك الى القول الى عدم مقدرة الدائن في التحول الى المطالبـــه بالتنفيذ بعد تمسكه بالفسخ للصعوبات القانونيه والعمليه التي تحول دون القيام بذلـــك ونتناول الان موقف المدين ومدى قدرته على التنفيذ المتأخر بالرغم من حلول ميعاد الوفـاء ٠٠٠٠ نتساءل بادىء ذي بدء أيجوز للمدين الذي لم يقم بالتنفيذ في الميعاد أن يقـــوم به بعد ذلك وقبل أن يستعمل الدائن حقه بالتمسك بالفسخ ومن ثم يستحيل على الدائـــن أن يعمل حقه في الخيار بين التمسك بالفسخ وطلب التنفيذ المتأخر ٠٠٠ أم أن الامـــر مازال بيد الدائن ، بحيث يجوز له أن يرفض التنفيذ المتأخر ويصر على التمسك بالفســـخ ان لم يكن قد تمسك به من قبل قيام المدين بالتنفيذ المتأخر ٠٠٠ ؟

الاجابه على ذلك تتطلب تحديد مدى أهمية الاجل المحدد للتنفيذ بحسب ماتفق عليـــه المتعاقدان وتنحصر ذلك في صورتين ٠

الاولى : الاتفاق على أن يتم فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ من جانب المديـــن بارادة الدائن في صورة مخالفه المدين لميعاد غير جوهري أي غير قطعي ، وهذه الصــوره من شأنها أن تنتج آثارا عاديه للشرط نظمتها المادة ١٥٨ اذا كان قصد المتعاقديـــن هو سلب القاضي سلطته في فسخ العقد، واعطائها للطرف الذي تضرر من عدم التنفيـــذ على اعتبار أن أجل التنفيذ في نظرهما لم يكن جوهريا ٠

أما الصوره الثانيه : فهي اتفاق المتعاقدين على ميعاد التنفيذ في أجل محـــدد

أي فى اليوم المحدد وليس فى غيره ، وهذا يعنى أن المتعاقدين قد أكدا أنهما يريــــدا ن تنفيذ العقد فى وقت معين ، أو فى خلال فترة معينه وليس بعد ذلك (وهنا يكون الاجـل جوهريا أو قطعيا) فاذا نفذ الدين فى غير هذا الوقت لا يعتبر تنفيذه تنفيذا للالتزام المتفـق عليه وانما تنفيذا لاداء مختلف .

ونحاول معالجة هاتين الصــــورتين كل واحدة منهما فى مطلب .

المطلب الاول

((مدى حق المدين في التنفيذ المتأخر عندما لايكون الاجل جوهريا))

١٩٨ - اذا كان يجوز للمدين فى الفسخ القضائى أن ينفذ التزامه حتى بعد رفع دعوى الفسخ بل حتى بعد صدور الحكم بالفسخ الى أن يصير نهائيا ، فهل يجوز له أيضا فى حالة الاتفاق على الفسخ بناء على شرط فاسخ أن يقوم بالتنفيذ بعد حلول ميعاد الوفاء وقبل تمسك الدائن بالفسخ ... لاشك أن التنفيذ فى هذه الحاله يكون تنفيذا متأخرا بالقياس للميعاد المتفق عليه ولكن هل يكون التنفيذ غير متأخر بالنسبه الى اعلان التمسك بالفسخ ، فى الواقع لم تثر هذه المسأله فى الفقهين المصرى والفرنسى ، وانما اثيرت فى الفقه الايطالى بصورة عامه وأحدثت هناك جدلا كبيرا بينه وبين القضاء فى السنوات الاخيره(١)

فى البدايه ، قضت محكمة النقض الايطاليه فى سنة ١٩٣٤ بأنه عند وجود اتفاق صريح على الفسخ ، لايترتب على قيام المدين بالتنفيذ بعد الميعاد - الاخلال بالحق الذى اكتسبه المتعاقد الذى نفذ التزامه فى فسخ العقد (٢) وهذا يعنى بأن المحكمه ألزمت المدين بألا يقوم بالتنفيذ بعد الميعاد حتى ولو لم يتمسك الدائن بحقه فى الفسخ .

ولكنها عدلت بعد ذلك عن هذا الرأى وقضت فى أحكامها اللاحقه ابتداء من سنة ١٩٤٦ بجواز قيام المدين بالتنفيذ حتى ولو بعد الميعاد وذلك فى الفتره مابين عدم التنفيذ والتمسك بالفسخ فقالت فى حكم لها (٣) بأنه حيث يتفق صراحة على الفسخ يجوز للمدين أن ينفذ التزامه بعد الميعاد الى ماقبل الوقت الذى يعلن الدائن فيه تمسكه بالفسخ . وقد أقامت تلك المحكمه وجهة نظرها على حجتين الاولى - هى أنه قبل أن يتمسك الدائن بالفسخ عليه يظل العقد قائما ومن ثم يكون من الجائز تنفيذه .

الثانيه : هى أن ثمة فرقا كبيرا بين الشرط الفاسخ واشتراط الفسخ صراحة ، فالاول يقع به الفسخ لمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ بدون حاجه الى تعبير من الدائن فى هذا المعنى أما الثانى فلا يتحقق لمجرد عدم التنفيذ بل لا بد من أن يتمسك بالفسخ من وضع الاتفاق لصالحه .

---

(١) هذا وقد أورد الاستاذ عبد الحى حجازى عرضا وافيا لذلك الجدل ، سنحاول بقدر المستطاع أن نورد ملخصا له ان أمكن مع ابداء رأينا فى ذلك .

(٢) نقض ايطالى ١٤ ابريل سنة ١٩٢٤ رقم ١١٢ Foro - Ital Rep تحت كلمة

١٩٩ ـ الا أن فريقا من الشراح الايطاليين (١) لم يوافق على ماذهبت اليه أخيرا محكمة النقض الايطاليه ، وقالوا بأنه متى حل ميعاد الاستحقاق لم يعد يجوز للمدين أن ينفذ بعد ذلك حتى قبل أن يتمسك الدائن بالفسخ ، واستندوا فى رأيهم الى حجج نوردها فيما يلى مع الرد عليها .

الحجة الاولى : مؤداها أنه لايلزم من بقاء العقد قائما أن يكون للمدين الحق فى تنفيذه بعد الميعاد فقد يظل العقد قائما ويكون بسبب عدم تنفيذه فى الميعاد قابلا للفسخ بارادة الدائن ، لأن الدائن هو السيد المطلق فى حياة العقد ان شاء تركه حيا أو ان شاء أماته غير أن بقاء العقد لايعنى استمرار حياته بصورة حسنه لأن عدم التنفيذ فى الميعاد جعله معتلا مريضا اذ تقطعت صلة الحياه الا من خيط رفيع يمسك به الدائن (٢) .

والرد على ذلك هو بأن بقاء العقد بعد عدم التنفيذ فى الميعاد لايجعله مريضا كما يقول اصحاب هذا الرأى بل مازال حيا وقابلا فى نفس الوقت للتنفيذ من جانب المدين دون أن يجوز للدائن أن يرفض ذلك التنفيذ . اذ طالما لم يتمسك الدائن بالفسخ فان العقد يظل قائما ينشئ للمتعاقدين الحق فى التنفيذ (٣) .

الحجه الثانيه : مؤداها بأنه اذا كان أمر الفسخ موكلا لارادة الدائن فهو حق ارادى محض خالص له ، فكيف يكون أمره اذا كان من المستطاع تعطيله من جانب المدين حينئذ سيكون حقا آخر غير معروف لايندرج فى طائفة الحقوق الاراديه وأن المدين من جهة ثانيه يعتبر الجانب السلبى بالنسبه للحق فى الفسخ لذلك لايجب أن يكون شخصا ايجابيا بالنسبة للحق فى التنفيذ أى يجب ألا يكون له حق مساو لحق الدائن ومعارض له لمباشره وقت مباشرة حقه فى الفسخ . (٤)

الا أنه يرد على ذلك بأن حق الدائن هو حق ارادى لاغبار عليه ، ومن ثم فان تعطيله من جانب المدين عن طريق التنفيذ المتأخر (٥) لايؤثر عليه ولا يغير من طبيعته ، وبناء

(١) جواد نزى فى الشرط الفاسخ الصريح والتنفيذ المتأخر مقالان له فى الفورو ايتاليانو الاول سنة ١٩٤٨ جـ ٤ ص ٧١ ، والثانى فى ١٩٤٩ ـ ١ ـ ١٠١ الفورو ايطاليانو الفسخ لعدم التنفيذ ، بارسى فى النظريه العامه للالتزام جـ ٣ ص ٤١٧ مشار الى ذلك فى عبد الحى حجازى المرجع السابق .

(٢) جواد نزى المرجع السابق

(٣) نقض ايطالى ١٥ مارس ١٩٤٩ فورو ايطاليانو ١٩٤٩ ـ ١٥٩ (حيثيات) .

(٤) جوانزى نفس المقال السابق .

(٥) أند ريولى ضوابط فى اشتراط الفسخ والأجل الجوهرى ، مشار اليه فى عبد الحى حجازى (ص ٢١٣ هامش رقم ٢ أيضا موسكو " فسخ العقد لعدم التنفيذ ، اذ يقول بأن استعمال الحق الارادى يمكن أن يمتنع بفعل أو تصرف من شخص آخر قبل البدء فى هذا الاستعمال ".

على ذلك فقد وردت أمثله كثيره فى القانون يجوز فيها للشخص السلبى أن يعطل استعمالها منها المواد ١٢٤ ـ ٢٩ فقره ٣ ، والماده ٤٦٧ الفقره الثانيه التى تقول " ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد " والمعلوم أن ـ الماده ٤٦٥ من التقنين المدنى تجيز للمشترى أن يطلب ابطال البيع الصادر له من غير مالك وهذا حق ارادى يستعمل فى مواجهة البائع ، ومع ذلك يجوز للبائع وهو الطرف السلبى فى دعوى الابطال أن يمنع القابليه للابطال اذا مكن للمشترى من تملك المبيع أو اذا كانت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور الحكم الماده ٢/٤٦٧ .

٢٠٠ ـ الحجه الثالثه : يقول انصار الرأى المعارض (نفاة جواز التنفيذ المتأخر) أن ثمة شرطين لاثالث لهما ، يجب أن يتوافرا حتى يجوز التمسك بالفسخ وهما عدم التنفيذ من جانب المدين ، والتعبير عن الرغبه فى التمسك بالفسخ من جانب الدائن ، فاذا قيل بأنه يجوز للمدين أن ينفذ بعد الميعاد ،كان مقتضى ذلك اضافه شرط ثالث لا يقتضيه نص فى القانون ولا شرط فى العقد وهو استمرار عدم التنفيذ طوال الفتره التى تنقضى بين حلول الميعاد وتمسك الدائن بالفسخ ، وبناء على ذلك لا يكون التعبير عن الفسخ مجرد استعمال لحق موجود من قبل وسابق على التعبير بل ينشأ من التعبير ، وبذلك يكون التعبير انشاء للحق واستعمالا له فى نفس الوقت ، مع أنه لا يوجد لا فى العمل ولا فى النظر مثال سلطه يكون مصدرها هو استعمالها .

ويقول جواد نزى[1] عميد أنصار هذا الرأى بأن استعمال سلطة معينه يكون بالضروره لاحقا على هذه السلطه " أما تصور سلطة لا تنشأ الا اذا استعملت قبل أن يقوم الشخص السلبى فيها بعمل يعطلها فهو من قبل أن نضع أمام الناس وحشا قانونيا ترتعد له الفرائض " .

والرد على ذلك يقوم على ضرورة التمييز بين شيئين اثنين الحق فى الفسخ وهذا ينشأ من واقعة عدم التنفيذ وبين الفسخ نفسه وهذ يتحقق بتعبير الدائن ولذلك لا يصح القول بأن جواز التنفيذ المتأخر يكون بمثابة تعليق الفسخ على واقعة اخرى غير واقعة عدم التنفيذ فى الميعاد ، وهى واقعة استمرار التنفيذ حتى بعد صدور التعبير عن الدائن فواقعة عدم التنفيذ تنشىء الحق فى الفسخ فقط ، أما الفسخ فيقع بتعبير من الدائن وعلى هذا اذا تأخر الدائن فى التعبير فان العقد يظل باقيا ، ويجوز للمدين أن يقوم بالتنفيذ ولو كان متأخرا لأن ذلك نتيجة طبيعيه لتأخر الدائن فى استعماله لحقه وليس نتيجة للتوسع فى

(1) جواد نزى فى مقاله السابق ١٩٤٩ ـ ١ ـ ١٠١ وقد استشهد بحكم صادر من محكمة

الواقعه المنشئه للفسخ باضافة شرط جديد لتحقق الفسخ وهو امتداد عدم التنفيذ الى وقت التعبير .

فعدم التنفيذ فى الميعاد ينشئ للدائن فورا الحق الارادى فى الفسخ دون أن يتوقف نشوئه على ارادة الدائن ، أما استعمال ذلك الحق فاختيارى للدائن أن شاء استعمله وان شاء لايستعمله ، اذ أن هناك فاصل ان لم يكن زمنيا فهو على الاقل منطقى يفصل بين نشوء الحق الارادى فى الفسخ وبين استعمال ذلك الحق[1] .

٢٠١ ـ أما الحجه الاخيره فتتخلص ، كما يذهب الى ذلك جواد نزى[2] بأنه اذا كانت الحكمه من عدم تلقائية الفسخ ، وجعل مصير العقد فى يد الدائن لا فى يد المدين اذا أراد الدائن فسخ العقد فانه لايجوز للمدين أن يمنعه من القيام به بأن يعرض عليه التنفيذ المتأخر ، فالفسخ كما هو معروف منوط بارادة الدائن يتمسك به أو لا يتمسك به فاذا وافقنا على التنفيذ المتأخر فان اشتراط الفسخ فى هذه الحاله سيترتب عليه عكس المقصود منه اذ ينقلب حق الدائن فى المطالبه بالتنفيذ المتأخروالابقاء على العقد تبعا لذلك واجبا عليه فيتحتم عليه قبول التنفيذ المتأخر وبذلك ينقلب واجب المدين فى الاستجابه الى طلب الدائن حصول التنفيذ حقا له بأن يصبح فى مكنته أن يفرض على الدائن قبول استمرار العقد وضرورة الاداء قابلا للتنفيذ المتأخر وهذا يعنى أن الاشتراط الذى وضع لصالح المدين المقصر ، عندما يعطى له الحق فى التنفيذ المتأخر مع أن وظيفة هذا الشرط هو تحريم مثل هذا التأخير .

الا أن الرد على ذلك يقوم على اساس أن هذه الحجه لاتجدى الا اذا كان المقصود هو تصحيح تنفيذ المدين بعد أن يكون الدائن قد تمسك بالفسخ وليس هذا بالطبع هو المقصود بل المقصود هو أن يجوز للمدين ـ مادام أن الدائن لم يتمسك بعد بالفسخ أن يقوم بتنفيذ التزامه فيمنع الدائن بذلك من فسخ العقد ، مادام أن العقد لايزال قائما فانه يجوز تنفيذه ، والسبب فى ذلك أن الحق الارادى يجوز قبل استعماله أن يتعطل أو ينقض على أثر عمل يقوم به من كان سيتعين عليه أن يمتثل لمشيئة الدائن وقت استعمال هذا الحق .

---

(١) بروفانى حواز التنفيذ المتأخر فى حالة الاتفاق صراحة على الفسخ (فوروايطاليانو ١٩٤٦ ـ ١ ـ ١٠٩ رقم ٨ مشار اليه فى مقال عبد الحى حجازى سالف الذكر ص٢٢٠)
(٢) جواد نزى المقال السابق حول اشتراط الفسخ فورو ايطاليانو ١٩٤٩ ـ ١ ـ ١٠١ رقم

صحيح أن عدم حصول الفسخ بصورة تلقائيه لمجرد وقوع عدم التنفيذ ، يقصد به عدم مجانبة مصلحة الدائن لاحتمال أن يصير الفسخ غير متفق مع مصلحة ولا رغبته ، فقد يصبح من مقتضى مصلحته أن تطبيق الجزاءات الاخرى المرتبطه بعدم التنفيذ ولا يطبق الفسخ الا أنه يجوز أن يستنتج من هذا القول وجوب بقاء الاثر الفاسخ بعد زوال أساسه أى بعد زوال حالة عدم التنفيذ [1].

من كل ذلك يتبين لنا أنه فى حالة الاشتراط الصريح للفسخ عند عدم احترام الاجل غير الجوهرى لايمنع من امكان التنفيذ المتأخر مادام أن الدائن لم يعبر عن ارادته فى اختيار الفسخ فالاشتراط فى هذا الفرض ليس هو الاشتراط الذى يصير به العقد قابلا للفسخ عند تحقق واقعة عدم التنفيذ فى الميعاد بل هو الاشتراط الذى يتفق فيه الطرفان على جعل العقد قابلا للفسخ من جانب الدائن عند تحقق تلك الواقعه وهى عدم تنفيذ الأداء من وقت استحقاق الاداء الى مابعد ذلك ، الامر الذى يستتبع زوال عدم التنفيذ عند حصول التنفيذ المتأخر ، اذ أنه متى نفذ المدين الأداء ولو متأخرا - مع دفع التعويض عن التأخير لم يعد يوجب السبب الذى يؤدى الى الفسخ وهو عدم التنفيذ [2].

---

(١) أندريولى المقال السابق رقم ٦ ، موسكو الفسخ لعدم التنفيذ المرجع السابق ص ٢١١ ، مشار اليه فى عبد الحى حجازى المقال السابق ص ٢٢١ .

** المطلب الثانـــــــــي **

** مدى حق المدين فى التنفيذ المتأخر عندما يكون الاجل جوهريا [1] **

٢٠٢ - بعد أن أوضحنا كيف يكون الامر فى حالة الاتفاق على الفسخ بارادة الدائن عند عدم احترام الاجل . "غير الجوهرى" وقلنا بأنه يجوز للمدين أن يقوم بالتنفيذ الى حين مايتمسك الدائن بالفسخ ، دون أن يستطيع هذا الاخير رفض التنفيذ نعالج فى هذا المطلب فرضا آخر لم يتكلم عنه التقنين المدنى المصرى ، وان كانت المادة ١٥٨ من ذلك التقنين تحوى فى طياتها مثل هذا الفرض ، وذلك عندما يتفق أطراف العلاقة التعاقدية على اعطاء الشرط الفاسخ أقصى قوته عند تحديدهم للاجل تحديدا قطعيا ، بحيث لا يجوز للمدين أن ينفذ الا فى حالة الاجل - أى الميعاد المتفق عليه - ويسمى هذا الاجل بالاجل الجوهرى [2] أو القطعى ، يكون التنفيذ المتأخر فيه مستحيلا على المدين بدون موافقة الدائن فضلا على أنه يعطى للدائن الحق فى أن يفسخ العقد بارادته المنفردة وفقا لذلك الاشتراط وعليه فان الاجل الجوهرى يعد استثناء من القاعدة العامة التى تعطى للمدين حق التنفيذ المتأخر وقد نظم كل من القانون المدنى الالمانى - والقانون المدنى الايطالى هذا النوع من الاشتراط فى نصوص خاصة وعلى ذلك جرت المادة ٣٦١ من القانون المدنى الالمانى حيث تقول "بأنه اذا اتفق فى عقد ملزم للجانبين على أن اداء أحد الطرفين يجب أن ينفذ فى وقت محدد تحديدا جوهريا ، أو فى خلال فترة محددة تحديدا جوهريا فانه يتعين عند الشك أن يكون للطرف الاخر أن يفسخ العقد اذا لم يحصل تنفيذ الاداء فى الوقت المحدد أو فى خلال الفترة المحددة [3] .

أما القانون المدنى الايطالى فكان فى المادة ١٤٥٧ أكثر تفصيلا حيث قال بأنه

---

(١) يطلق على الاجل الجوهرى بالايطاليه TERMINE ESSENZIALE وبالالمانيه FIXGESCHAFT وانظر فى هذا المعنى المراجع الايطاليه المشار اليها فى هامش ص ٢٢٤ من مقال عبد الحى حجازى السالف الذكر (العدد الثانى السنه الثانيه سنة ١٩٦٠) وانظر كذلك كونتستانتينسكو الرساله السابقه فى فسخ العقد عند عدم تنفيذ الالتزامات فى القانون الالمانى رسالة من باريس سنة ١٩٤٠ ، سالى الالتزامات فى القانون الالمانى سنة ١٩٢٥ الطبعه الثانيه ص ٢١١ فقره ١٩٢٥ .

(٢) هذه هى التسميه السائده فى الفقه الايطالى وقد استعملها القانون المدنى الايطالى سنة ١٩٤٢ فى المادة ١٤٥٧ .

(٣) المادة ٣٦١ بالمعنى الفرنسى .

" اذا كان الاجل المحدد لاداء أحد الطرفين يجب اعتباره جوهريا لمصلحة الطرف الاخر فانه يجب على هذا الاخير ان اراد أن يطالب بتنفيذ الاداء رغم حلول الاجل أن يبلغ الطرف الاخر فى خلال ثلاثة ايام .

٢٠٣ ـ ولكى يعتبر الاجل جوهريا لابد من توافر بعض الشروط فيه منها على سبيل المثال وجوب أن ينصرف قصد المتعاقدين بطريقة مباشره الى انهما يريدان من اشتراط الاجل تحقيق تلك النتيجه ، وهى اعتبار التنفيذ بعد حلول الاجل مستحيلا واعتبار الاداء الذى ينفذ بعد ذلك اداء غير الاداء المستحق أصلا ويتجلى هذا القصد من خلال الاتفاق الواضح على ذلك أو من النيه المشتركه التى تدل عليها الظروف(١) وفى هذا الصدد يقول كونستانيكو بأنه يجب أن نتبين من نية الطرفين أن الوقت المعين لتنفيذ العقد يكون قد حدد بصفة نهائيه وأن يكون هذا التحديد أساسيا فى العقد أو ناتجا من ظروف مؤكده(٢) .

=

devrait etre effectuee exactement à date rigoureusement fixée ou dans les limites d'un délai rigoureusement fixée il y a lieu d'admettre, dans le doute , que si la presefation he s'effectue pas a la date fixée ou dans le délai fixz l'autre partie doit etre outorisée à operer la résolution".

هذا وتجدر الاشاره الى أن كونستانيكو قد انتقد فى رسالته نص الماده ٣٢٦ السالفة الذكر من القانون المدنى الالمانى حيث قال عنها بأنها ثقيله ومعقده ولا تعطى فى نفس الوقت ضمانا قويا أو فعالا للدائن ، وأنها ليست كافيه للاستجابه للمطالب العمليه وعلى هذا الاساس انتبه واضعوا القانون المدنى الالمانى الى أن الماده السابقه تؤدى الى حرمان صاحب الحق من أن يستفيد من الفسخ فى كل الاحوال اذ كان التنفيذ الدقيق فى الاجل المحدد يمثل جوهر العقد بحيث اذا كان هناك عدم تنفيذ بسيط فان من شأنه أن يؤدى الى الاستخدام السريع للفسخ (كونستانيكو الرساله السابقه ص ٢٣٥ .

(١) وفى هذا الصدد يقول جيركيه بأن ثمة أجلا جوهريا عندما تبين من نية الطرفين أو من الاتفاق الصريح أن تنفيذ الاداء فى الوقت المحدد أو فى خلال الفتره المحدده يعد عنصرا مميزا فى الاداء بحيث أن اداء يحصل فى وقت آخر يكون ليس اداء معجلا أو متأخرا فحسب ، بل يكون اداء آخر غير الاداء المستحق أصلا مشار اليه عند عبد الحى حجازى المقال السابق هامش ص ٢٢٦ .

(٢) Il doit seulement résulter de l'entention des parties que l'échéance est fixée pour l'exécution de facon définitive et cette condition en même temps est essént-ielle pour le contrat, or il semble que cette désigna-

ولا يشترط أن تكون هناك عبارات معينه للدلاله على نية الطرفين لكى يكون الاجـــل جوهريا ، بل يكفى أن تكون العبارات المستخدمه من الوضوح ، بحيث لاتدع مجالا للشك فى نية الدائن فى الاخذ بعدم القبول للأداء المتأخر، وفى ذلك تقول محكمة النقض الايطاليه(١) أن اشتراط أجل جوهرى وان كان لايلزم أن يكون فى عبارات خاصه ولا أن يكون صريحـــا يجب مع ذلك أن يستخلص بصورة واضحه لاغموض فيها ، من العبارات التى استعملهـــا المتعاقدان .

واذا كانت الصفات وظروف الزمان لها تأثير فى استخلاص قصد الفسخ بناء على شـــروط جوهرى الا أنه لابد من الرجوع الى النيه الحقيقيه للمتعاقدين للوصول فيما اذا كان الشرط جوهريا أو لا (٢) .

والمسأله مسألة واقع يفصل فيها وفقا لكل حاله على حده ، فقد تكون عبارات فى يوم كـذا ولا يجوز الارجاء ، أو لا يجوز الـــتنفيذ بعد يوم كذا ، لاتضيف شيئا الى مايتطلب القانون اذ يجب البحث فى قصد المتعاقدين على جعل الاجل جوهريا، غير أنه من جهة اخرى قــد يوجد هناك بعض العبارات تدل دون تكلف على أن الطرفين يستبعدان جواز التنفيذ بعــد الميعاد، فاذا نص الطرفان فى العقد على ان الاداء يجب أن ينفذ فى أول يناير ١٩٧٩ وأنه لايجوز للمدين أن ينفذ بعد ذلك ، فمعنى هذا أن التنفيذ يجب أن يحصل فى ذلـــك التاريخ وليس بعده ، كذلك عبارة لايجوز التنفيذ بعد يوم كذا ، يمكن أن تدل على الطابع الجوهرى للأجل ، وتجدر الاشاره هنا الى أن القضاء الالمانى قد أخذ بنفس المعنى فقد حكم بأن مايتميز به العقد المقترن بأجل جوهرى هو أنه أبرم من أجل التنفيذ ، وأن عبارة التسليم فورا أو بالضبط " أو فى تاريخ كذا " يكفى للدلاله على اقتران العقد بالاجل الجوهرى (٣)

---

(١) نقض ايطالى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٧ رقم ٤٤٩٧ Gust Civ-mass ١٩٥٧ ص٧١٠

(٢) ونذكر فى هذا الصدد أن القضاء الالمانى كما يقول كونستانيكو قد رفض الاخذ بفكـــرة الظروف للتأكد من جوهرية الاجل بل أصر على البحث عنه فى ثنايا العقد وهذه عبارتــه "La cour suprême a décidé que le caractére de " Fix gesthaft" doit réssortir du contrat et non des circonstunce que lui sont extérieures"

(٣) الرساله السابقه ص ٢٣٦ .
It a été jugé que la caractéristique d'un tel acte c'est qu'il ait eté passé en vue de la date de son exéoution, le terme dé livrer " promptement " exactement" "précisé-ment a une date du calandrier ont été considerés par la

والى جانب ماتقدم يستطيع القاضى أن يلتمس النيه المشتركه للمتعاقدين من مسلكهما ومن الغرض الذى يستهدفانه من التصرف والظروف التى صاحبت ابرامه ومن جميع الوقائع التى يمكن أن تدل على هذه النيه بما فى ذلك طبيعة العمليه .

الا أنه يجب أن توجد وقائع واضحه تدل على أن اتفاق الطرفين قد استقر على اعتبار الاجل جوهريا ، الى جانب ذلك لابد من التشدد فى الشروط التى تلزم لاعتبار الاجل جوهريا ذلك أن جوهرية الاجل تعتبر استثناء من القاعده العامه التى ترى بجوار التنفيذ المتأخر مع التعويض .

والمعلوم أن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المدين وبالتالى لم يجز فسخ العقد عليه لمجرد تأخره فى التنفيذ لهذا يجب عند الشك ألا يعتبر الاجل جوهريا ، وعلى من يدعى وجوده أن يثبته ، والذى يدعيه هو بالضروره الدائن الذى يتمسك به بقصد منع المدين من القيام بالتنفيذ المتأخر .

٢٠٤ - وقد استقر قضاء الدول التى نظمت تشريعاتها الاجل الجوهرى الى تقسيمه الى نوعين ، الاول الاجل الجوهرى الموضوعى ، الثانى الاجل الجوهرى الشخصى أو الحقيقى .

فالاجل الجوهرى الموضوعى هو ذلك الاجل المستمد من طبيعة العقد أو من طبيعة محله بحيث تقتضى بذاتها وعلى سبيل الحتم أن يحصل تنفيذ الاداء فى وقت محدد تنحصر فيه الفائده الاقتصاديه لهذا الاداء ومن أمثلة ذلك - الاجل المحدد لتوريد حلوى لحفل سيقام فى ميعاد محدد ، والميعاد الذى يجب فيه الاستئناف أو المعارضه ، أو الاجل المحدد لتسليم بدله لحفل زفاف سيقام فى يوم معين . (١)

أما الاجل الجوهرى الشخصى فهو الاجل الذى يتفق فيه الطرفان على وجوب تنفيذ الاداء فى ميعاد يحددانه ، بحيث اذا انقضى هذا الميعاد دون تنفيذ لن يكون هذا الاداء مفيد للدائن الذى يكون له الحق بسبب ذلك أن يفسخ العقد بارادته وحدها وتجدر الاشاره الى أن هذا الاجل لايستمد طبيعته من ذات الاداء بل من الاتفاق .

---

(١) يقول كونستانيكو بأنه يبدو أن علاقة قانونيه يكون لها طابع العلاقه المقترنه بأجل جوهرى عندما يكون تنفيذها منوطا بوقت معين لايجوز أن يحصل الا فيه .
Il semble qu' un rapport juridique al la caractére d'un Fixgesthaft" lorsque l'exéoution ne peut pas avoir lieu

هذا ويتفق الاجلان السالفا الذكر في كونهما جوهريان ، وبالتالي لايجوز للمدين في كليهما أن ينفذ بعد حلول ميعاد الاستحقاق لأن الاداء لن يكون مفيدا للدائن بعد حلول الاجل دون تنفيذ .

غير أنهما يفترقان في ان الاجل الجوهري الموضوعي ينحدر من نفس طبيعة الاداء أما الاجل الجوهري الشخصي فينشئ من الاتفاق ، ومن جهة ثانيه يبدو لنا أن الماده ١٥٨ مدني مصري تستبعد فكرة الاجل الجوهري الموضوعي [١] وتأخذ فقط بفكرة الاجل الجوهري الشخصي أو الاتفاقي ، لأنه يرجع في أصله الى اتفاق الطرفين على عدم جدوى التنفيذ المتأخر مع مايترتب على ذلك من جواز فسخ العقد بارادة الدائن وحدها فاشتراط الاجل الجوهري ليس الا صوره من صور الاتفاق سلفا على الفسخ ، اقترن بوصف خاص من أوصاف الالتزام هو الاجل يكون حاصله ، النص على حق الدائن في الفسخ عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه في الميعاد المتفق عليه .

٢٠٥ ـ واذا كان المقصود من الاجل الجوهري كما سبق أن أشرنا هو عدم تمكين المدين من التنفيذ المتأخر ، لأن الدائن لن تكون له مصلحه من التنفيذ بعد انقضاء الاجل الذي كان محددا للتنفيذ فيكيف يكون الامر اذا أوجبنا على الدائن في هذه الحاله أن يعذر المدين قبل التمسك بالفسخ ، والمعروف وفقا للاتجاه الحالي للفقه والقضاء أن الاعذار ليس الا دعوه للتنفيذ ، في اعتقادنا بأنه لو أوجبنا على الدائن القيام بذلك لكان مؤداه هذا أن نضطره الى الاقرار بأن الاجل لم يعد جوهريا ، وهذا بالضروره يخالف مقتضى الاتفاق على جعل الاجل جوهريا .

وطالما أن طبيعة الاتفاق على جعل الاجل جوهريا تخالف الاعذار باعتباره دعوة للتنفيذ فاننا نستبعد الاخذ بضرورة قيام الدائن باعذار المدين [٢] .

---

(١) وتجدر الاشاره الى أن القواعد التي تحكم كلا من الاجلين الجوهريين ليست متطابقه فبالنسبه للأجل الجوهري الموضوعي تنطبق عليه القواعد العامه المتعلقه باستحالة الاداء لأن الدائن نفسه لايجوز له طلب التنفيذ المتأخر بناء على أن العقد قد فسخ من تلقاء نفسه لمجرد حلول الاجل دون التنفيذ ، أما الاجل الجوهري الشخصي نجد أن القواعد التي تحكمه لاتنطبق بحال الا على الالتزامات المتقابله الناشئه من العقود الملزمه للجانبين الى جانب ضرورة أن يكون المدين مقصرا ولايتم الفسخ الا اذا تمسك به الدائن نفسه (الماده ١٥٨)

(٢) يقول كونستانيكو ، بأنه يجوز للدائن بالتزام مقترن بأجل جوهري لم ينفذ في ميعاد الاستحقاق أن يلجأ الى الفسخ الفوري ولا يلزم المدين قد أعذر (الرساله السابقه) ص ٢٣٢ ، الا أن ...

الا أن الحقيقه الثابته من الماده ١٥٨ أن عدم التنفيذ الذى تقصده ، هو عـــدم التنفيذ من حيث كم الالتزام أو كيفيته ، وليس من حيث زمن التنفيذ باعتباره عنصــــرا جوهريا ونلمح ذلك من قولها "أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الـــى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئه عنه ، وهذا الاتفاق لايعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه " لذلك جاء النص كما نعتقد قاصرا على أن يشمل كل صور الاتفاق على الفسخ وبخاصه تلك الصور التى ينشأ فيها عدم التنفيــذ من مخالفة أجل جوهرى اشترطه الدائن لمصلحته ، وحيث أن الغرض الذى نحـــــن بصدده لايندرج فيما يتعلق بالاعذار تحت حكم الماده ١٥٨ ، وجب على الدائـــن اعذار المدين قبل تمسكه بالفسخ ، وعلى الرغم من ذلك فاننا نرى بأن المتعاقد يســـن يستطيعا أن يتفقا على اعتبار الاجل جوهريا نزولا على مبدأ سلطان الاراده الوارده فى الماده ١٤٧ فقره أولى ، الى جانب ذلك نجد أن الماده ١٥٨ السالفة الذكـــر تعتبر من القواعد المكمله لارادة المتعاقدين ، فيجوز بمقتضى ذلك أن يضيف أطـــراف العلاقه التعاقديه الى ما احتوته تلك الماده مايشاؤون لكن فى اطار القانون ، فلهمـــا أن يعتبرا بأن من قبيل العنصر الجوهرى فى الاداء العنصر الزمنى وهو الاجـــل بحيث اذا انقضى هذا الاجل دون تنفيذ وجب القول أن الدائن لم تعد له فائده فـــى ذلك الاداء .

٢٠٦ — والثابت فى هذا النوع من الفسخ ، بأن الاتفاق على الاجل الجوهرى لا يترتب عليه أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ فى الميعاد ، بل لابـــد من أن يتدخل الدائن بارادته حتى يستطيع الاجل أن ينتج آثاره .

= وجب على الدائن أن يذهب الى موطن المدين وقت حلول الاجل لكى يتلقـــاه الوفاء ، ولا يعتبر هذا العمل من جانبه اعذارا بل هو من قبيل مجرد القيـــام بالواجبات الملقاه على الدائن لتمكين المدين من تنفيذ الالتزام ، هذا وقـــد قضت محكمة النقض الايطاليه فى نفس المعنى اذا قالت بأنه عند ما يكون الاجـــل المتفق عليه جوهريا ، فلا تجوز التفرقه بين الالتزامات "المحموله" والالتزامات المطلوبه كما لا يجوز الرجوع الى قواعد التأخير فى التنفيذ فى هذه الاحوال اذا لم ينجح الدائن الى القواعد التى تنظم التنفيذ أو لم يقدم معونته حيث تلزم هـــذه المعونه لتمكين المدين من التنفيذ ويحصل هذا أيضا فى حالة مايكون الديـــن محمولا اذا لم يوجد الدائن فى موطنه أو أصبح غير معروف ولا يكون ثمة عدم تنفيذ كما أن المدين لم يستطع أن ينفذ التزامه لسبب يرجع الى الدائن ، نقـــض ايطالى ١٩ يناير ١٩٥٦ مشار اليه فى عبد الحى حجازى المراجع السابـــق ص ٤١ .

لكن مالطريقه التى يجب أن يسلكها الدائن للتعبير عن ارادته ... ؟

اختلف كل من القانون المدنى الالمانى والقانون المدنى الايطالى فى الكيفيه التى يجب أن يسلكها الدائن فى التعبير عن ارادته .

فذهب القانون الالمانى فى الماده ٣٦١ الى القول "بأنه اذا اتفق فى عقد ملزم للجانبين ، على أن اداء أحد الطرفين يجب أن ينفذ على وجه صحيح فى تاريخ محدد بصفة قطعيه ، أو فى خلال مدة محدده بصفة قطعيه ، وجب عند الشك ، اذا لم ينفذ الاداء فى التاريخ المحدد أو فى المده المحدده ، أن يرخص للدائن فى فسخ العقد .

ومقتضى ذلك أنه عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه فى التاريخ المحدد أو فى المده المحدده ، جاز للدائن أن يفسخ العقد بتعبير يصدر منه على نحو مايحصل فى حالة اشتراط الفسخ عند عدم التنفيذ لأى عقد آخر لايكون مقترنا بأجل جوهرى .

أما القانون المدنى الايطالى ، فقد اتبع حلا يختلف عن الحل الذى ذهب اليه القانون المدنى الالمانى فذهبت الماده ١٤٥٧ مدنى ايطالى الى القول بأنه " اذا كان الاجل المحدد لاداء أحد الطرفين يجب اعتباره جوهريا لمصلحة الطرف الاخر ، فانه يتعين على هذا الاخير ، عند عدم وجود عرف أو اتفاق مخالف ، ان اراد أن يطالب بالتنفيذ رغم حلول الاجل ، أن يخطر به الطرف الاخر فى خلال ثلاثة ايام ، فان لم يفعل اعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون ولو لم يكن ثمة اتفاق صريح على الفسخ .

فوفقا لهذا القانون يستطيع الدائن فى استعماله لحق الفسخ أن يتخذ موقفا سلبيا اذا انقضى ثلاثة ايام بعد حلول الاجل دون أن يطالب بالتنفيذ اعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون فله أيضا أن يتخذ موقفا ايجابيا بأن يعلن الى المدين رغبته فى التمسك بالفسخ .

والايام الثلاثه التى حددها هذا القانون تلزم الدائن فى أن يختار من خلالها ما اذا كان يفضل التنفيذ المتأخر أو التمسك بالفسخ ، فاذا اختار الفسخ فله أن يسكت خلال تلك المده ، ويعتبر سكوته فى هذه الحاله تعبيرا عن ارادته بشأن التمسك بالفسخ ولا يجوز له بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ من ذلك يتبين لنا أن القانون المدنى الايطالى تختلف الطريقه التى يستعمل بها الدائن حقه فى الفسخ فى حالة اشتراط الفسخ لعدم احترام الاجل الجوهرى ، عنها فى حالة اشتراط الفسخ عند ما لايكون الاجل جوهريا أو عند ما ينصب عدم التنفيذ على وصف آخر غير زمنى فى الالتزام ، ففى الحاله الاولى يجب على الدائن اذا اراد الفسخ أن ...

أما الحالة الثانيه ، يجب على الدائن أن يعلن الى المدين رغبته فى التمسك بالفسخ .

ويعللون اشتراط التعبير المطلوب من الدائن فى كل من الحالتين السابقتين بأن اشتراط الفسخ فى الحالة الثانيه ليس من قبيل الشرط الفاسخ الصريح بل هو يعطى للدائن سلطة لا تتحقق الا اذا باشرها . أما الاجل الجوهرى فيعمل بصورة طبيعيه ، ولما لم يكن هناك الا احتمال واحد هو أن الدائن يجوز له مع ذلك أن يعتبر العقد لا يزال قابلا للتنفيذ لم يلزم الا تغيير النزول عن آثار الاجل (1) .

وفى اعتقادنا أن الحل لا يختلف كثيرا فى القانونين المصرى والالمانى عنه فى القانون الايطالى ـ الا أن الاختلاف يظهر عند سكوت الدائن عن استعمال حقه فى الفسخ بعد حلول الاجل اذ يذهب القانون الايطالى الى اعتبار هذا السكوت لمدة ثلاثة أيام بعد حلول الاجل نزولا عن الحق فى طلب التنفيذ ، ويترتب على ذلك اعتبار العقد مفسوخا .

٢٠٧ ـ أما اذا اختار الدائن المطالبه بالتنفيذ ، فانه لن يجد صعوبه فى ذلك، لانه يتمسك بحق له فيسوغ له أن يستعمله أو لا يستعمله مثله فى ذلك مثل حقه فى التمسك بالفسخ فى حالة مخالفة المدين لالتزام مقترن بأجل جوهرى .

صحيح أن مؤدى الاجل الجوهرى هو أنه اذا انقضى دون تنفيذ يفقد الدائن مصلحته فى التنفيذ المتأخر ، وعليه يصبح التنفيذ مستحيلا قانونا على المدين ، الا أن هذا لا يعدو أن يكون قرينه تصاحب الاجل الجوهرى ، ومع ذلك قد يحدث ما يخالف هذه القرينه ، فقد تجد وقائع بعد انعقاد العقد تبين للدائن فى ضوئها أن التنفيذ المتأخر لا يزال مفيدا له ، ولما كانت جوهرية الاجل مشروطه لصالحه وجب أن يكون له النزول عنها وليس للمدين أن يتضرر من ذلك فحق الفسخ يملكه الدائن وحده دون المدين ومن ثم وجب على المدين أن يمتثل ويسلم بذلك ولا يجوز له فى نفس الوقت أن يضع العراقيل أمام ثار الفسخ الذى يجريه الدائن ، بل يجب عليه أن يتحمل نتائجه ، أما اذا عدل الدائن ن استعمال حقه فى الفسخ متجها الى المطالبه بالتنفيذ فلا يجوز للمدين أيضا أن يعارض ى ذلك ويطالب به .

---

(1) باندولفيللى ، القانون المدنى فى كتاب الالتزامات ص ٢٥٩ المادة ١٤٥٧ مشار اليه عند الاستاذ عبد الحى حجازى ص ٢٤٦ ، غير أن احد الفقهاء الايطاليين وبدعى باراسى لا يؤيد ماذهب اليه قانونه ويقول بأن هذا الفرق غير مفهوم وهو لهذا يفضل

فاذا اختار الدائن المطالبه بالتنفيذ فان هذا يدل على أن الاداء مازال مفيدا له بالرغم من انقضاء الاجل ، وبذلك يتحول العقد المقترن بأجل جوهري الى عقد عادى خال من أى وصف من اوصاف الالتزام ، وبالتالي يسقط حق الدائن في فسخ العقد بارادته المنفرده ولو استمر المدين في عدم التنفيذ ، غير أنه اذا ما استيأس من الحصول على التنفيذ كان له أن يحصل على الفسخ عن طريق اللجوء الى القضاء بمقتضى الماده ١٥٧ وعليه قبل ذلك أن يقوم باعذار المدين قبل رفع دعوى الفسخ .

وليس من صعوبة تثار بصدد التعبير الذى يجب أن يقوم به الدائن لو اختار التمسك بالتنفيذ دون الفسخ ، فهو يعتبر من جانب واحد واجب التسليم ، اذ لا يكفى لانتاج آثاره مجرد صدوره ، بل يجب أن يتصل بعلم من المدين لكونه تعبيرا ذا طابع منشىء يكون المقصود منه تعديل العلاقه الناشئه من عقد مقترن بأجل جوهرى الى عقد ذى تنظيم عادى ويهدف في نفس الوقت الى حث المدين للقيام بالتنفيذ .

٢٠٨ – والجدير بالملاحظه أن حق الخيار الممنوح للدائن في القانون الالمانى والذى يقتصر فقط على الفسخ والتعويض فانه في هذا المقام أى بمقتضى الماده ٣٦١ والسالفة الذكر ، أضيف اليه شق ثالث الا وهو التمسك بالتنفيذ .

لقد سبق أن أشرنا أن الدائن في القانون المدنى الالمانى لا يملك أن يلجأ الى الفسخ الا اذا لم يستطع الحصول على التنفيذ ، وذلك يعنى أنه ليس له الا طريق المطالبه بالتعويض أو التمسك بالفسخ (الماده ٣٢٦) الا أنه على أثر اتفاق الاطراف على اعتبار الاجل – أجل التنفيذ – جوهريا ، فان للدائن أيضا أن يتمسك بالتنفيذ الى جانب الفسخ والتعويض ، وهذا ما أجمع عليه الفقه الالمانى (١) .

وفى هذا الصدد يقول كونتسانيكو (٢) بأنه في الافتراض المتعلق بعدم تنفيذ الالتزام المقترن بأجل جوهرى يكون لصاحب الحق في الفسخ أن يطالب اما بالفسخ الفورى واما المطالبه بالتعويض نتيجة عدم التنفيذ ، أو أخيرا أن يطالب بالتنفيذ مع التعويضات التأخيريه . هنا ينتهى الكلام عن الشرط الفاسخ الصريح بأنواعه المعروفه وعلى الاخص ما يحتويه من اعتبار الاجل المحدد للتنفيذ أجلا جوهريا أو غير ذلك .

** للالتزامات ج ٣ ص ٤٢٦ وما بعدها ، أشار اليه عبد الحى حجازى في هامش ص ٢٤ المقال السالف الذكر .

(١) Staudinger - P.642. Planch Sierer ben izum 361.

مشار اليه في كونتسانيكو الرساله السابقه ص ٣٦١ ص ٢٣٨ .

** المطلب الثالث **

مدى دور القاضي في الفسخ الاتفاقي

٢٠٩ - ويمكن لنا أن نتساءل في النهايه هل يوجد في مجال الشرط الفاسخ بصفة عامه دورا للقضاء؟ نحن نعتقد أنه بالرغم من اشتراط الفسخ عن طريق الاتفاق أن للقضاء رقابه على هذا النوع من الفسخ ويتجسد ذلك في الاتي ...

المعلوم أن الفسخ الاتفاقي يتم في غالبيه بصورة شبة آليه (qussi automatique) ولكونه كذلك فان مقتضيات العداله تحتم الا يتم مثل هذا الامر بصورة تعسفيه ويحرم المدين من كل حمايه ، ولذلك لايمكننا القول بأن الاتفاق على الفسخ بمقتضى شرط فاسخ صريح من شأنه أن يسحب من القاضي كل سلطة تقديريه له . صحيح أن القاضي لايستطيع أن يعمل سلطته التقديريه في حالة اذا تم الفسخ بصورة صحيحه ، ولكن قد يكون من الواجب عليه قبل اعتباره كذلك أن يقوم بالبحث حول ماذا كان الفسخ قد تم على الوجه المطلوب ووفقا للشروط المتفق عليها في العقد .

وبصفة عامه قد تقوم تلك الرقابه على التأكد من المقومات التي ينظمها الاتفاق على الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الصريح - حقيقة عدم التنفيذ الذي استند اليه الدائن الانذار أو المهله أو مد الاجل - فالقاضي يستطيع أن يحل الصعوبات المتعلقه بالتفسير التي يثيرها الشرط الفاسخ ، ويستطيع أن يقرر مثلا ما اذا كان الانذار الذي أرسل الى المدين يعني القيام بالتنفيذ أو التأكيد بالفسخ [1] . اذ المعروف أن الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئه لايترتب عليه الاعفاء من الاعذار (م ١٥٨) ونعتقد أن الذي يوجه هذا الامر هو أن القانون لم يعتبر المدين مقصرا بمجرد حلول الاجل ، بل اشترط الاعذار لاثبات تقصير المدين ، ولما كان اعمال الاتفاق على الفسخ منوطا بعدم التنفيذ فان مقتضى الاعذار أن يدعو الدائن المدين رسميا الى الوفاء بالتزامه في خلال مدة يحددها له بحيث اذا انتهت هذه المده فسخ العقد من تلقاء نفسه وبذلك يكون من اثار الاعذار أن يكون امام المدين مهلة ليتدبر نفسه لكي يستطيع التنفيذ في خلالها [2] وعلى ذلك اذا لم يحذر المدين عند عدم وجود مايعفي من الاعذار يكون للقاضي رغم تمسك الدائن بالفسخ أن يعتبر العقد لايزال قائما ويجوز بالتالي للمدين أن يقوم بتنفيذ التزامه [3] .

---

(١) انظر في هذا المعنى بوريكان المقال السابق ص ٤٥٤ .

ويمنع بذلك وقوع الفسخ • أما اذا حصل الاعذار فانه يتعين على القاضي أن يستيقن من الوقت الذى اعتبر فيه الدائن العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، فان كان هذا الوقت سابقا على انتهاء المدة المحددة فى الاعذار لحصول التنفيذ لايجوز اعتبار العقد مفسوخا ويكون للمدين أن ينفذ التزامه مادام أن العقد لايزال قائما أما اذا كان الفسخ قد أوقعه الدائن بعد انقضاء المهلة المحددة فى الاعذار فالفسخ صحيح ولم يعد يجوز للمدين أن ينفذ ، وبعد الاعذار ينتقل القاضى الى أمر آخر هو ماذا كان هناك ثمة عدم تنفيذ من جانب المدين ، اذ يجب عليه أن يتأكد مما اذا كانت الواقعة التى اتفق الطرفان على امكان الفسخ بارادة واحدة ، هى عدم التنفيذ [1] ذلك لانها اذا كانت واقعة أخرى غير عدم التنفيذ كنا بصدد شرط فاسخ عادى يقع الفسخ فيه بمجرد تحقق الواقعة وبدون خيار الدائن [2] وبدون امكان مطالبة الدائن بتعويضات ـ لابصدد اتفاق على الفسخ يجعل مصير العقد فى يد الدائن ، وبدون أن يفقد الدائن بسبب فسخه للعقد حقه فى المطالبة بالتعويضات •

٢١٠ ـ بعد التحقق من توافر الشرط الاجرائى (الاعذار) يجب أن يكون هم القاضى بعد ذلك هو البحث عما اذا كان المدين لم يقم حقيقة بتنفيذ التزامه الامر الذى أدى بالدائن الى استعمال حقه فى ايقاع الفسخ ، وقد يثور التساؤل عن المقصود بعدم التنفيذ الذى يترتب عليه وفقا لنص القانون أن يقع الفسخ من تلقاء نفسه • فالمعلوم أن عدم التنفيذ اما أن يكون مطلقا (نهائيا) سواء كان كليا أو جزئيا ، واما أن يكون نسبيا أى تأخيرا فى التنفيذ ، ولقد سبق أن رأينا أنه يجوز للقاضى فى حالة الفسخ القضائى أن يقدر عند عدم التنفيذ الجزئى المطلق أو النهائى مدى جسامة عدم التنفيذ تقديرا موضوعيا أو شخصيا ، فيجوز له أن يحكم بالفسخ الكلى أو الجزئى أو أن يرفض الحكم بالفسخ ان وجد أن عدم التنفيذ لم يكن من الاهمية بحيث لايبرر الحكم به • كما رأينا أن القاضى فى حالة الفسخ القضائى اذا تأخر المدين عن التنفيذ أن يقدر مدى جسامة هذا التأخير فيحكم بالفسخ أن وجد أن مصلحة الدائن من الاداء قد تحققت ، أى لم يعد يفيده التنفيذ المتأخر، وأن للقاضى أيضا أن يعطى المدين مهلة قبل الحكم بالفسخ فكيف يمكن اذن تحديد

---

(١) محكمة مصر الكلية ٢٠ يوليه ١٩٢٢ المشار اليه سابقا المحاماه ١٢ ـ ١٢٦ ـ ٩٥ •

(٢) انظر فى هذا المعنى حكما لمحكمة النقض الفرنسية اصدرته فى ٢ يوليه ١٨٦٠ (داللوز ١٨٦٠ ـ ٢ ـ ٢٨٤ ، وقالت فيه ((لما لم يكن فى مثل هذا الاتفاق أى الاتفاق على الفسخ شيء غير مشروع ، فانه يقوم بالنسبة الى عاقديه مقام القانون فلا يجوز للقضاء أن يغيره ، بل يجب أن يقتضى عملهم على التحقيق مما اذا كان فى الحقيقة عدم تنفيذ للعقد بالمعنى المتفق عليه والذى نظمه الطرفان سلفا •

سلطة القاضي ومدى رقابته فى حالة الفسخ الذى يكون متفقا عليه سواء فى حالة عدم التنفيذ المطلق أو النهائى أو التأخير فى التنفيذ ....

٢٠٨ _ ففى حالة عدم التنفيذ الكلى فلا مراء فى أنه يتعين على القاضى أن يحكم بأن الفسخ قد وقع بارادة الدائن . أما فى حالة عدم التنفيذ الجزئى فهل يكون للقاضى أن يقدر جسامة عدم التنفيذ فيحكم بالفسخ أو لا يحكم به على غرار سلطته التقديريه فى الفسخ القضائى ..... ؟؟ الذى عليه أحكام محكمة النقض أن الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضى كل سلطة تقديريه فى صدد الفسخ ، ولا دور له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا ، الا أن يتحقق من حصول المخالفه التى يترتب عليها .[1] ويؤخذ هذا المعنى بمفهوم المخالفه من حكم آخر لمحكمة النقض جاء فيه أنه اذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح وكان الطلب مقاما على الشرط الفاسخ الضمنى ، فان محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حالة الاخلال الجزئى اذا مابان لها أن هذا الاخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد العاقدين فسخ العقد[2] . اذ مؤدى هذا الا يكون للقاضى هذه السلطه فى حالة الاتفاق مقدما على الفسخ عند عدم التنفيذ .

غير أن فريقا من الفقه يذهب الى أن عدم التنفيذ يجب أن يكون على جانب معين من الاهميه بحيث يبرر فسخ العقد ، وذلك سواء أكان الفسخ قضائيا أم كان اتفاقيا . غاية الامر أنه اذا كان ثمة اتفاق على الفسخ ، فلا يمتنع على القاضى أن يتحرى أهمية عدم التنفيذ أو جسامته الا أن يكون عدم التنفيذ قد نص عليه صراحة أو بعباره أخرى لا ينبغى وفقا لهذا الرأى أن يكون عدم التنفيذ جسيما فى حالة الاتفاق على الفسخ الا اذا كان عدم التنفيذ غير الجسيم قد اتفق صراحة على أن يكون سيافى الفسخ، ذلك أن الطرفين يجوز لهما أن يتفقا صراحة على حصول الفسخ بسبب عدم التنفيذ قليل الاهميه (مبدأ سلطان الاراده) وعلى ذلك اذا اتفق مقدما على أن عدم تنفيذ التزام معين ادى الى حصول الفسخ بقوة القانون دون أن يتضح من الاتفاق متى يعتبر ذلك الالتزام غير منفذ ، فلا مناص وفقا لهذا الرأى من ضرورة تدخل القاضى لتقدير جسامة عدم التنفيذ نزولا عن مقتضى الماده ١٥٧ كل ذلك دون أن يفقد

= Les tribunaux ne peuvent la changer et doivent se borner a vérifier si en fait il ya eu réellement inéxecution du contrat dans le sens prévu et régler a l'avance par les parties.

انظر أيضا فى هذا المعنى عرائض فرنسى ٢٩ نوفمبر ١٨٨٦ داللوز ٨٧ _ ١ _ ٣٨٨ . مدنى فرنسى ١٠ مارس ١٩١٩ سيرى ٢٠ _ ١ _ ١٠٥ نقض فرنسى ١٦ ديسمبر ١٩٤٣ جازيت دى باليه ٤٣ _ ٢ _ ٢٦٤ ، مدنى فرنسى ١٢ مارس ١٩٥٤ داللوز ٥٤ _ ٣٦٣

الاشتراط طابع الاتفاق على الفسخ بارادة المتعاقد (الدائن)

حاصل هذا الرأى أنه يجب لكى يحصل الفسخ أن يكون ثمة عدم تنفيذ على جانب من الاهميه بالقياس الى مصلحة الدائن ، أو أن تكون أهمية عدم التنفيذ قد قدرها الطرفان سلفا بحيث اذا لم يوجد هذا التقدير السابق فلا مناص من تدخل القاضى لتقدير أهمية عدم التنفيذ .

٢١١ ـ غير أننا نعتقد أن المتعاقدين اذ يتفقان على امكان فسخ العقد بدون الالتجاء الى القضاء يستبدلان بسلطة القاضى التقديريه تقديرهما الشخصى كما أسلفنا ذلك ، فيقرران مقدما أن عدم تنفيذ التزام معين يعتبر من الجسامه بحيث يجوز للدائن أن يفسخ العقد بارادته ، ولو لم يذكر فى الاتفاق صراحة أن عدم التنفيذ لالتزام معين يعتبر فى نظرهما أمرا جسيما يبرر الفسخ ، أى انه يجب تفسير الاتفاق على الفسخ بقوة القانون عند عدم تنفيذ التزام معين بأنه يعنى ان عدم التنفيذ فى هذه الحاله يعتبر فى نظر الدائن من الجسامه بحيث يجيز له فسخ العقد بارادته المنفرده ، أى أن مجرد الاتفاق سلفا على الفسخ عند عدم تنفيذ التزام معين وفقا للكيفيه المتفق عليها ، يؤخذ من أن الطرفين يعتبران ، عدم التنفيذ فى هذه الحاله جسيما بحيث يبرر الفسخ (فسخ الدائن للعقد بارادته المنفرده) الى جانب ذلك فقد رأينا فى السابق أن الماده ١٥٨ لها طابع مستقل وقائم بذاته ، فاذا كانت الماده ١٥٧ تعطى للقاضى سلطة تقديريه فى شأن عدم التنفيذ ومدى تبريره للحكم بالفسخ فيجب أن يكون من مقتضى الماده ١٥٨ الا يكون للقاضى هذه السلطه فى حالة الاتفاق على الفسخ اذ مما يتعارض مع هذه النتيجه أن تقول أن القاضى يجب أن يسلم له بحقه فى استعمال سلطته التقديريه فى صدد أهمية عدم التنفيذ سواء كان الفسخ حاصلا بمقتضى الماده ١٥٧ أو بمقتضى الماده ١٥٨ لكل ذلك نقول أن القاضى الذى يدعى للفصل فى نزاع ناشئ من عقد اتفق فيه على وقوع الفسخ من تلقاء نفسه عند عدم تنفيذ التزام معين ، يجب أن تقتصر وظيفته على التأكد من تحقيق عدم التنفيذ المنصوص عليه فان تأكد من ذلك فانه يعلن فى حكم أن العقد قد فسخ وهو بذلك يؤيد الفسخ الذى حصل بدون تدخل من جانبه وبدون أن يكون له أن يبحث فى مدى جسامة عدم التنفيذ (١)

= جـ ٢ رقم ١٤ ص ٨٥٤ .

(١) بيكار وبرود وم المقال السابق ص ١٠٤ بوريكان المقال السابق ص ٢٤٥ ، ليون مازو التفرقه بين الاحكام المقرره والاحكام المنشئه للحقوق المجله الفصليه ٢٩ ١٩ ص ٣٧ وما بعدها ...

٢١٣ - ومهما بلغ دور القاضي من الاقتصار في هذا الصدد على التحقق من وقوع عدم التنفيذ المتفق عليه سلفا على اعتباره سببا للفسخ ، فان له أن يراقب الظروف الخارجيه التي يمكن أن تحول دون اعمال الاتفاق على الفسخ وله ايضا أن يتبين ما اذا كان الدائن قد أعلن تنازله عن التمسك بالفسخ واكتفى بالتنفيذ المتأخر من جانب المدين - فاذا عدل الدائن عن حقه في التمسك بالماده ١٥٨ أن يسد عليه الطريق الى هذه الماده فلا يجوز له أن يتمسك الا بالماده ١٥٧ بالفسخ القضائي [1] . كذلك يجوز للقاضي الا يعتد بتمسك الدائن بالفسخ انه وجد أنه هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه مثال ذلك مساهمة الدائن بخطئه في وضع العقبات أو العراقيل أمام المدين ليجعل التنفيذ من جانبه مستحيلا ، أو عندما يرفض قبول الوفاء الصحيح المعروض عليه من المدين أو عندما لا يقبل أن يقوم باجراءات التنفيذ القانونيه الواجبه عليه [2] .

غير أن امتناع المدين عن التنفيذ بناء على الدفع بعدم التنفيذ لايجوز اعتباره من قبيل عدم التنفيذ الذي يترتب عليه امكان استعمال الدائن لحقه في اعمال الفسخ بارادته المنفرده [3] .

---

(١) انظر في هذا المعنى بوركان المقال السابق ص ٤٥٤ فقره ٢٤ وص ٤٤٩ السنهوري الوسيط جـ ٢ ص ٨١٩ هامش أ .

(٢) وللمحكمه الرقابه التامه للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب اعماله (نقض مدني ٢٦ مارس ١٩٣٣ مجموعة احكام النقض - ٤ - رقم ١١٠ ص ٧٢٨ هذا وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطه حق الرقابه في قضية اشترط فيها الدائن أنه اذا امتنع المصرف عن صرف الشيك المحول اليه كان العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه دون انذار فامتنع المصرف عن صرف الشيك لبعض اجراءات شكليه وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكا آخر فرفض الدائن وأبى الا اعتبار العقد مفسوخا وقد قضت المحكمه بأن الدائن متعنت في تقديره وأن العقد لم يفسخ بل لايزال قائما (استئناف ٢٣ ديسمبر ١٩٢٠ رقم ٢٢ ص ٩٤) هذا وفي قضية اخرى اتفق الطرفان على مد الاجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد وقد قضت المحكمه بأن هذا التجديد يبطل أثر الشرط الفاسخ الذي كان موجودا في العقد الاول ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم تجديده (استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر ١٩٥٢ رقم ١٥ ص ١١) .

(٢) بوريكان المقال السابق ص ٤٥٤ .

(٣) بوريكان المقال السابق ونقض عرائض ٣ يناير ١٨٨٣ داللوز ٨٣ - ١ - ٤١٥ عرائض ١٢٠ ابريل ١٩٢٠ داللوز ٢٢ - ١ - ١٨١ .

ومــــــــا يستدعى الانتباه هو أن يكون عدم التنفيذ بخطأ المشار اليه انفـــا باعتباره الواقعه التي ينصب عليها اهتمام القاضى بعد التيقن من توافر الاعذار عند عــدم استبعاده ، شرطا في اعمال الاتفاق على الفسخ ، فاذا لم يكن ثمة خطأ من المديـــن نشأ عن عدم التنفيذ ، يجوز للمدين أن يطلب الى القاضى أن يقرر أن عدم التنفيذ ليـــس تقصيرا وأنه لامحـل بالتالى الى استعمال الدائن حقه في الفسخ بارادة واحده ، وعلـــى الخصوص اذا ماكان سبب عدم التنفيذ هو قوة قاهره أو حادث خارجي .

٢١٠٤ ـ أما الحاله الاخرى وهى التأخير في تنفيذ المدين لالتزامه هل يكون للقضـــاء في هذه الحاله سلطة أو رقابة ما .... لقد عرفنا في الفسخ القضائى أنه يجوز للقاضـــى أن يمنح المدين أجلا ، قبل الحكم بالفسخ ، فهل له هذه السلطه في حالة الاتفـــاق مقدما على الفسخ ...... ثمة رأى قديم ورد في الاعمال التحضيريه للقانون المدنـــى الفرنسى مؤداه أنه رغم الاتفاق صراحة على الشرط الفاسخ الصريح يجب دائما التثبت مــن عدم التنفيذ وتحقيق اسبابه وتميزها عن اسباب مجرد التأخيـــر ، وقد تبين من بحث هـــذه الاسباب أن بعض الاسباب قد تكون بحيث يجد القاضى نفسه معها مضطرا لدواعى العدالـــه أن يمنح مهله للمدين . وقد استندت بعض المحاكم فعلا في فرنسا الى هذه العبـــاره فكانت تمنح المدين مهله رغم النص في العقد على الفسخ بقوة القانون عند عدم التنفيذ ، الا أن محكمة النقض الفرنسيه كانت تنقض هذه الاحكام أولا بأول .

أما في مصر فقد استقر القضاء بها على أنه لايجوز للقاضى في حالة الاتفاق سلفا علـــى الفسخ أن يمنح المدين أجلا للقيام بالتنفيذ عند تأخيره اذ قضت محكمة النقض في هـــذا الصدد بأنه متى كان الطرفان قد اتفقا على أن يقع الفسخ في حالة تأخر ، المشترى عن دفع باقى الثمن في الميعاد المتفق عليه دون حاجة الى تبليغ رسمى فان العقد ينفسخ بمجـــرد التأخير (١) ، كما قضت كذلك بأن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفســـه

يتساءل بوريكان في مقالته السالفه الذكر ففى ٢٤ ص ٤٥٤ . فيقول . هل أن تطبيـــق الشرط من غير الممكن أن يكون مشلولا اذا كان عدم التنفيذ ناتج عن حالة قوة قاهره ؟

Il est permis de se demender si le jeu de la cause ne paurrait pas se torouver paralysé lorsque l'inexécution est due à un cas de force majeur. Certaines décisions recentes semblent admettre qu'un tel événement scrait de nature à exonerer le débiteur ee ses obligations 25 Mai - 1956.11. No 276"

(١) نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض في ٢٥ ١٧ رقم ٨٥٢ وقد اشير اليه سابقا .

دون حاجة الى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئه عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقيق الشرط بغير حاجة لرفع دعوى الفسخ ، ولا يملك القاضى فى هذه الحالة سلطة تقديريه يستطيع معها اعطاء مهله للمدين لتنفيذ التزامه ويمكن تبرير هذا الحل من وجوه منها أن الغرض من الماده ١٥٧ يختلف عنه فى الماده ١٥٨ ، ذلك أن الماده ١٥٧ تهدف الى حماية التوازن الاقتصادى بين الطرفين عن طريق ضمان ملاءة المدين والمحافظة على ثقة الدائن لذلك كان من المنطقى أنه حيث لا يمس تأخير المدين فى التنفيذ بملاءته ولا بثقة الدائن جاز ألا يترتب على هذا التأخير فى التنفيذ وجوب فسخ العقد فورا ووجب أن يسمح للقاضى بمنح المدين مهله ، أما الماده ١٥٨ فليس الغرض منها ضمان ملاءة المدين بل عدم استمرار الدائن فى التزامه بعد ثبوت عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، لذلك يجب أن يحل للدائن فسخ العقد بارادته المنفرده فور انقضاء مدة الاعذار ان لم يكن هناك مايعفى من الاعذار ، أو فور عدم التنفيذ فى الميعاد المتفق عليه ان لم يتفق على عدم ضرورة الاعذار . ويجب بالتالى الا يجوز للقاضى تقدير عدم التنفيذ على وجه يخالف تقرير الطرفين .

كذلك يمكن أن يقال فى تبرير عدم جواز منح القاضى مهله للمدين عند الاتفاق مقدما على الفسخ أن المدين ينزل بمقتضى هذا الاتفاق عن حقه الاحتمالى فى الحصول على مهله وفقا لما قرره القانون فى حالة الفسخ القضائى ، ذلك أن المهله فى حالة الفسخ القضائى ، على خلاف المهله التى تمنح للمدين فى حالة دعوى التنفيذ (م ٣٤٦/٢) ـ ليست متعلقه بالنظام العام . وأنه بالتالى يجوز النزول عنها .

٢١٥ ـ ومن جهة اخرى قد يكون لتدخل القضاء أهمية ضروريه لاجبار المدين على احترام الشرط الفاسخ ، اذ لا يكفى فى الواقع أن يتم الفسخ بل يجب أن تعاد الاشياء الى ماكانت عليه قبل التعاقد "Les choses sorent remises en l'etat antérieur au contrat".

ففى لحظة التمسك بالفسخ قد يكون الشيء المملوك للدائن مازال فى يد المدين وقد يترتب على هذا الوضع أن يكون من النادر أن لايبدى المدين أى مقاومه (والمقاومة) هنا تكون فى

---

(١) نقض مدنى ١٤ ابريل ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونيه التى قررتها محكمة النقض فى ١٧٢٢ رقم ١٢٩ ص ٨٣٣ .

(٢) بوريكان المقال السابق ص ٤٢٥ وانظر نقض مدنى فرنسى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ الذى سبقت الاشاره اليه .

الغالب مقاومة سلبيه ، من ذلك مثلا قد يرفض المستأجر ترك العين الموءجره ، أو يرفض المشترى ارجاع الشيىء المبيع .

وهنا ماذا يفعل الدائن سواء كان الموءجر أو البائع ، والمعروف أنه لايستطيع أن يقتص لنفسه بيده ne peut se faire justier lui meme

فى رأينا لايستطيع الموءجر أن يقوم بطرد المستأجر Expluser le locataire ولا يقدر البائع أيضا أن يعيد الشيىء المبيع الى ملكه ، لذلك كان من الضرورى أن يلجأ كلا منهما الى القضاء لاجبار المدين على الانصياع لمقتضى الفسخ pour vaincre la resistance du de biteur ولجوء الدائن الى العداله لايعنى فى كل الاحوال أنه يريد الحكم له بالفسخ القضائى ، فالفسخ قد تم بحكم الاتفاق ولكن فقط لاعمال النتائج القانونيه المترتبه عليه أى لترتيب وسائل تنفيذ ، d'or.onner une musure d'execution ففى الاحوال السابقه ليس هناك من داع للجوء الدائن الى القضاء للمطالبه بالفسخ ، بل يكفيه أن يقيم دعوى الاسترداد une action en restitua-tion. أو دعوى طرد أو دعوى الاستحقاق une action en révendication

وقد لايحتاج الدائن الى اللجوء للمحاكم العاديه اذ يكفيه أن يلجأ الى قاضى الامور المستعجله le juge de expeditive des referes للفائده العمليه الكبيره سواء كان باختصار الوقت أو بتخفيض نفقات ومصاريف الدعوى فضلا عن ذلك أن قاضى الامور المستعجله لايستطيع أن يتدخل فى موضوع الفسخ ولا فى موضوع العقد لأنّ مثل هذه الامور قد تمت خارجا عنه بسبب مفعول الشرط الفاسخ الصريح .

فاختصاص قاضى الامور المستعجله فى مثل هذه الامور وخاصة فى المجال الاجرائى من شأنه أن يوءدى الى تقوية ضمان الدائن والاسراع فى نفس الوقت الى اعادة الاوضاع الى ماكانت عليه قبل التعاقد .

---

(١) انظر فى هذا المعنى جيوار جـ ٢ المرجع السابق ص ٥٩١ ، لاروبير المرجع السابق فقره ٦٣ ، لبلتيه الرساله السابقه ص ٢٧١ .

** الفصل الثالـــث **

آثار الفسخ " احكامـــــه "

٢١٦ - فى هذا الفصل فلن تتناول الكلام عن آثار الفسخ الا بصفة موجزه ذلـــــك لان الرد المترتب على الفسخ محكة قواعد نظرية رد غير المستحق وهو الموضوع الطبيعـــى له ، مما يغنينـا عن الكلام فيه تفصيلا .

تنص المادة ١٦٠ من القانون المدنى المصرى بانه اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحاله التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويـــض والمتفق عليه ان هذا النص عام فهويبين ما يترتب على الفسخ من اثر سواء كان الفسخ قضائيـا او اتفاقيـا(١) فاذا حكم بالفسخ فان العقد ينفسخ ليس فقط من وقت صدور الحكم بل مـــن وقت ابرامه . وهذا يعنى بمقتضى النص السالف الذكر ان للفسخ اثر رجعى Affet retrocatif وان العقد المفسوخ يعتبر كان لم يكن وينعدم اثره فى الماضـى(٢) .

---

(١) . وهذا ما يؤكده ليليته حين قال " Il est bien certain noun l'avons dit: que l'action résolutoire de l'article I184 produit en prencipe les effets que la condition expresse, la jurisprudence est la doctrine son d'acord pour l'admettre".
رسالته فى الفسخ القضائى ص ٣١١

ونفس المعنى عند الاساتذه بلانيول وريبر واسمان فى قولهم la jurisprudence declare que la résolution opre comme en cas de condition résolutaire expresse, c'est-a-dire retrocativement, et remint les chose en au meme etat que si l'obligation n'avait jamais existe.
الجزء السادس فقره ٤٣٣ ، - وانظر فى نفس المعنى لوران ج ٢٧ فقره ١٤٥ ديمولومب ج ٢٥ فقره ٥١٧ مكرر ، اوبرى ورو ج ٥ ٣٠٢ تعليق ٨٩٥ ، بودرى لاكنترى وبارود ج ٢ فقره ٩٣٥ ، السنهورى الوسيط ج ١ ص ٨٠٣ الشرقـــاوى المصادر ص ٣٩٨ واحكام القضاء التاليه . نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٨٥٦ واللوز ٣٧ - ١ - ٢٨١ ، - سيرى ٥٧ - ١ - ٦٤١ ، - عرائض ٥ ديسمبر ١٨٨١ سيرى ٨٢ - ١ - ١١٠ ، - نقض مدنى ٤ مايو ١٨٩٨ واللوز ٩٨ - ١ - ٤٥٧ تعليق بلانيول سيرى ٩٨ - ١ - ٢٨١ ، - عرائض ٨ يوليــه ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٥ - ٢ - ٦٦ .

(٢) جاء فى المذكره الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى " ويترتب على الفسخ قضائيـا كان او اتفاقيا او قانونيا انعدام العقد انعداما يستند اثره فيعتبر كان لم يكـــن وبهذا يعود المتعاقدان الى الحاله التى كانا عليها قبل العقد ، فيرد كــــل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد ان تم فسخه (المجموعة التحضيرية ج ٢ /

واذا كان الفسخ فى القانون المدنى المصرى له اثر رجعى كقاعدة عامه فان بعض الفقـــه يذهب الى ان رجعية اثر الفسخ استثناء من الاصل اذ الاصل عدم الرجعية لان الفســخ عنده انهاء لعقد ابرام بارادات صحيحة ، وظل قائما فى نظر القانون حتى تقرر فسخــه فيزول وجود ممن وقت هذا الفسخ . ومن مقتضى ذلك ان زوال العقد بالفسخ لايكـــون الا بالنسبه لما يترتب علية من اثار منذ الفسخ دون ان يمس الاثار التى انتجها قبـــل فسخة ما دام من المسلم انه كان قائما فى نظر القانون قبل الفسخ ويرى بأن امكان ذلـــك يستلزم توزيع هذه الاثار على الزمن ، ولما كان هذا غير ممكن الا فى العقــود الزمنيـــه عقود المده ، عقد الايجار او عقد العمل فان اثر فسخ هذه العقود لا يترتب الا بالنسبه للمستقبل ، منتهى التزامات طرفيها منذ الفسخ ، ولا يتأثر بهذا الفسخ اثار العقـــد فى الفترة السابقة على فسخــه .

ولكنه يرى بان كثيرا من العقود التبادليه لا تتروزع اثارها على الزمن كما هو الحـــال فى العقود الممتده التنفيذ ، ولذا لا يمكن ان يلعب الزمن دورا فى وجود اثارها ويصبـــح فسخها بغير مضمون اذا أهلنا التفرقة بين ما قبل الفسخ وما بعده من اثار واستبقينهمـــا ما نتج منها قبل الفسخ ، اذ يقتضى ذلك عدم الزام من تلقى الوفاء قبل الفسخ برد ما تلقاه الى المتعاقد الاخر ، ولذا فقد وجد من اللازم " لتحقيق هدف الفسخ ان يعـــــاد طرفا العقد المفسوخ الى حالهما قبل ابرام العقد والزام كل منهما بان يرد ما اخـــــذ من الاخر واصبح اثر الفسخ بذلك كأثر حل الرابطة العقدية نتيجة البطلان كل او احـــــد التصرفات القانونية المكونه لها . ولعل كثرة هذه الصور فى الحياه العملية على اعتبـــار ان اغلب صور التعامل تتم بعقود فورية هى التى جعلت الشراح ينظرون الى رجعية اثـــر الفسخ على انها القاعده الاصلية فى تنظيم اثر الحكم به واخذوا يقيمون الشبـــه بينـــه وبين اثر البطلان " وخصوصا البطلان المسمى نسبيا " مع ان ازالة اثر العقد نتيجـــة الفسخ يجب ان تكون وفقا لمعنى الفسخ نفسه ، من يوم الفسخ لا قبل ذلك ، الا ان كان تطبيق هذه القاعده مستحيلا كما هى الحال فى العقود الفورية التى لا تنقسم الالتزامـــات التى تنشأ عنها الزمن فيترتب اثر الفسخ فيها بالنسبه لكل ما نشأ عن العقد من التزامـــات اى تزول الالتزامات بأثر رجعـــى (١) .

وللفسخ اثر فيما بين المتعاقدين وبالنسبه للغير .

---

(١) جميل الشرقاوى مصادر الالتزام ص ٣٩١ ، ٣٩٢ . - ، - رسالته فى البطـــلان السالفة الذكر فقره ٦٣ ص ١٧٩ وما بعدهـــا .

٢١٦ — اثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : —

عندما يتم فسخ العقد سواء كان بحكم القضاء او بحكم الاتفاق فانه يعتبر كان لم يكـــــن ، وتجب اعادة كل شيء الى ما كان عليه قبل التعاقـــد(1) فينشأ على عاتق كل متعاقد التزام برد ما حصل عليه من المتعاقد الاخر ، وينصب هذا الالتزام على ذات ما تسلمه المتعاقد لا ما يقابلـــه(2) .

فاذا كان العقد بيعا ثم فسخ وجب على المشترى ان يرد المبيع الى البائع ، وكذلـك وجب على البائع ان يرد الثمن الى المشترى ، ورد المبيع يكون بثمراته . والثمـــن بفوائده القانونيـــة(3) وقواعد هذا الرد المترتب على الفسخ تحكمها قواعد نظرية رد غـــير المستحق واذا بنى المشترى او غرس فى العين المعينه غرسا طبقت فى هذا الصدد القواعد

---

(1) انظر فى هذا المعنى . السنهورى الوسيط ج ١ فقره ٤٧٨ ص ٨٠٣ ، — حشمت ابو ستيت فقره ٣٨٤ ، — سليمان مرقص فقره ٣٥١ ص ٤٥٤ ، — انور سلطان فقره ٣٦٧ ص ٤٢٣ ، الصده فقره ٣٧٧ ص ٤٠٨ ، مارتـــى رد ينو ج ٢ فقره ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، — بلانيول وريد واسمان ج ٦ فقـــــره ٤٣٣ ، وفى هذا الصدد يقول الاساتذه بلانيول وريـــو اسمان

les parties doivent se restiturer réciproquement fait ce qu'elles ont reeu en exécution du contrat. Il serait plus exact de dire que le contrat casse de produire effet et que s'il a été exécuté. Ses effets pour le passé doivent etre liquidés.

المرجع السابق فقره ٤٣٣ ص ٥٨٣

(2) فى نفس المعنى السنهورى ج ١ الوسيط فقره ٤٧٨ ص ٨٠٤ — الشرقـــاوى مصادر الالتزام ص ٣٩٢ ، — نجيب " استئناف مختلط ٧ ابريل سنـــة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤ مشار اليه السنهورى المرجع السابق .

(3) السنهورى المرجع السابق فقرة ٤٧٨ ، الشرقاوى المرجع السابق ص ٣٩٢ ، وبلانيول ريبر اسمان ج ٦ فقره ٤٣٣ ص ٥٨٤ وما بعدها حيث تالــــــو

les fruits percus d'une chose frugitére vendue doivent etre etre restitués, "Reg.23 decembre 1936,Gaz. Pal. 1937 ,1,378". sauf à etre comperses avec les intérets du prix, si celui -ci a été payé.

العامة" المواد ٩٢٤ ، ٩٢٥ م[1] .

أما اذا تعذر ان يرد الشيء نفسه كما لو كان قد هلك مثلا كان علية ان يرد ما يساوية في قيمته[2] اعكان علية كما تقض الماده ١٦٠ السالفة الذكر ان يعوض الطرف الاخر .

وسبق ان قلنا بانه اذا تعذر على احد الاطراف ان يعيد الشيء الى اصله لا يحق له ان يطالب بالفسخ ... ولكنه يستطيع ان يطالب بالتعويض آن كان له مقتضى بناء على المسئولية العقديه .

واذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ ، وهلك المبيع وهو في يد المشترى وجب القول بناء على قواعد نظرية رد غير المستحق بان المشترى اذا كان حسن النيه وقت ان تسلم المبيع بعد ابرام العقد فلا يكون مسئولا عن هلاك المبيع اذا كان هذا

---

(1) المواد ٩٢٤ ، ٩٢٥ وردت في الفصل الخاص مكسب الملكية ومن ضمنها الالتصاق المادة ٩٢٤ - اذا اقام شخص بمواد من عنده منشآت في ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الارض ، كان لهذا ان يطالب ازالة المنشآت على نفقته من اقامها مع التعويض ان كان له وجة وذلك على ميعاد سنه من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت ، او ان يطالب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه المنشآت ويجوز عن اقام المنشآت ان يطلب نزعها ان كان لذلك لا يلحق بالارض ضررا ، الا اذا - اختار صاحب الارض ان يستبقى المنشآت طبقا للفقره السابقة " الماده ٩٢٥ " - اذا كان من اقام المنشآت المشار اليها في الماده السابقه يعتقد بحسن نيه ان له الحق في اقامتها ، فلا يكون لصاحب الارض ان يطلب الازاله ، وانما يخير بين ان يدفع قيمة المواد واجرة العمل ، او ان يدفع مبلغ يساويها زاد في ثمن الارض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . الا انه اذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامه يرهق صاحب الارض ان يؤدى ما هو مستحق عنها ، كان له ان يطلب تملك الارض عن اقام المنشآت نظير تعويض عادى .. انظر في نفس المعنى السنهورى ج ١ ص ٨٠٤ نجيب الهلالى في البيع فقره ٧٠٠ ص ٤٨١ " استئناف مختلط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، ٣٥ - ص ٧٠ .

(2) انظر في هذا المعنى الشرقاوى المرجع السابق ص ٣٩٢ ، - بلانيول وير واسمان ج ٦ حيث ورد في مطولهم ما يلى :

"Mais on ne peut que prononcer une condamnation pécunaire du montant der valeures recues qui ne peuvent être restituer en nature, soit qu'elles aient été consommées soit materie element ou juridiquement impossible de les atteindre. P.583.

الهلاك لسبب اجنبي - الا بقدر ما عاد علية من منفعه ، ولا يكون امام البائع الا ان يسترد الشيء التالف في الصورة التي آل اليها دون ان يكون له الحق في المطالبه بالتعويض عن هذا التلف غير انه ليس من صالح البائع ان يطالب بالفسخ بعد ان يعلم ان المبيع قد هلك بسبب اجنبي ، اذ من الافضل له ان يستبقي البيع ، ويصير على تنفيذه ، فيطالب بالثمن - وبذلك يتحمل المشترى تبعة الهلاك .

ولكن اذا كان المشترى سيء النيه ، في حالة ما اذا استبقى المبيع في يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده ، ثم هلك المبيع بسبب اجنبي ، وجب في هذه الحاله ان يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك الا اذا اثبت ان المبيع كان يهلك حتى ولو كان قد رده الى البائع وقت الفسخ " وهذا طبقا لقاعدة رد ما دفع دون حق اذا هلك في يد من تسلمه وهو سيء النيه[1] والماده ٩٨٤ " ويجوز طبقا للماده ١٥٧ ان يطالب الدائن بالتعويض ان كان له مقتضى عند مطالبته بفسخ العقد او بتنفيذه ..... فيتحمل المدين المقصر نتائج الاضرار التي ترتبت للطرف الاخر من جراء عدم الوفاء بالتزاماته .

فاذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه جاز الحكم له بالتعويض على اساس المسئولية العقدية لبقاء العقد فيصح للدائن ان يحصل على تعويض اما اذا كان ما طلبه الدائن هو فسخ العقد وقض له بالفسخ يجوز له ان يطلب من المدين تعويضا عما يخسره من الثمن بسبب انخفاض الاسعار او بسبب مرور الزمن في اثمان السيارات مثلا[2] .

٢١٨ - ويذهب الفقه الى ان الالتزام بالتعويض قائم على المسئولية التقصيرية لا على المسئولية العقدية ... وفي هذا الصدد يقول الاستاذ السنهوري[3] بأن

---

(١) السنهوري الوسيط جـ ١ ص ٨٠٧ وهامش رقم/ ١ ، - تقول الماده ٩٨٤ ، بانه اذا كان الحائز سيء النيه فانه يكون مسئولا عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء ، الا اذا اثبت ان الشيء كان يهلك او يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه .

(٢) الشرقاوى مصادر الالتزام ص ٣٩٣ ، السنهوري جـ ١ الوسيط ص ٨٠٥ ، وبالطبع لا يجوز للعاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه ان يطالب بالتعويض (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر ١٩٣٤ مجموعة عمر رقم ٢١٥ ص ٥٢٠ .

(٣) السنهوري جـ ١ ص ٨٠٥ ، اسماعيل غانم مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقره ١٦٩ .

للدائن الذى اجيب الى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين اذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه لاهمال او تعمد ، والتعويض هنا يبنى على المسئولية التقصيرية لا العقدية لان العقد بعد ان فسخ لا يصلح ان يكون اساسا للتعويض وانما اساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لاعملا قانونيا .

غير اننا نعتقد مع استاذنا الدكتور الشرقاوى ان التعويض يمكن ان يبنى على المسئولية العقدية ، ذلك لان الخطأ الصادر من المدين كان ناشئا من عدم تنفيذه لالتزامه العقدى الذى بنى عليه الفسخ ، اى نشأ بمجرد التقصير فى الوفاء بالالتزام وترتب عليه نشوء الحق للدائن فى التعويض على اساس المسئولية العقدية والحق فى طلب الفسخ للتخلص من العقد الذى اصبح عديم الفائدة بالنسبه اليه وليس ضروريا ان يبقى العقد قائما حتى يحكم بالتعويض لتكون المسئولية عقدية[1] .

وفى العقود الزمنية ، كعقد الايجار وعقد العمل لا يكون للفسخ فيها اثر رجعى لان طبيعة هذه العقود لا تقبل اعمال هذا الاثر ، فالزمن فيها مقصود لذاته ومعقود عليه ايضا ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه وهذا يعنى ان المدة التى انقضت من هذه العقود قبل فسخها تبقى محتفظة بآثارها اى ان ما تم تنفيذه من الالتزامات المستمرة فى الماضى قبل الفسخ يظل قائما ولا يفسخ العقد الا بالنسبه للمستقبل[2] .

---

(١) الشرقاوى مصادر الالتزام ص ٣٩٣ ، هامش رقم ١ حيث يقول " والفقه يذهب الى ان الالتزام بالتعويض قائم على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية لان العقد المفسوخ لا يصلح اساسا للمسئولية العقدية ولكننا نعتقد ان التعويض يمكن ان يبنى على المسئولية العقدية التى تنشأ بمجرد التقصير فى الوفاء بالالتزام اذ يترتب على هذا التقصير نشوء الحق فى التعويض على اساس المسئولية العقدية ولحق فى طلب الفسخ للتحلل من العقد وليس بلازم ان يبقى العقد قائما حتى يحكم بالتعويض لتكون المسئولية عقدية " .

(٢) السنهورى الوسيط جـ ١ ص ٨٠٦ ، سليمان مرقص المصادر فقره ٣٥٢ ص ٤٥٦ ، انور سلطان المصادر فقره ٣٦٨ ص ٤٣٥ ، البدراوى المصادر فقره ٤٠٨ ص / ٥٥٩ وقارن الاستاذ الشرقاوى عند بداية كلامنا عن الاثار حيث يرى ان الاصل هو كون الفسخ لا اثر له فى الماضى وفى هذا الصدد يقول الاساتذه بلانيول وريبير وعمان فى مطولهم الجزء السادس ص ٥٨٤ .

"D'ailleurs dans les contrats à exécution successive, le prix cesse d'être du a partir du jour ou par suite de la résolution, cesse l'obligation de l'autre partie, saut, quand une chose doit etre restituee a tenir compte de la jouissance jusqu'a la restitution Civ.gavril 1930 s.1930-1.219.

فعقد العمل يبقى قائما طوال هذه المده ، وكذلك عقد الايجار ، ويعتبر العقــــد مفسوخا من وقت صدور الحكم النهائي بفسخه لا قبــل ذلك ، وتكون الاجره المستحقــــه عن المده السابقة على الفسخ اجره لا تعويض ، ويحتفظ الموجر (في عقد الايجــــار بالنسبه لها بامتيازه على المنقولات الموجوده في العين الموجره ولذلك فان الفسخ فـــي العقود المستمره هو من قبيل الانهاء Résiliation (١)

٢١٩٩ - اثر الفسخ بالنسبه الي الغير : -

القاعده ان الفسخ ينتج اثره ويفعول رجعـــي ليس فقط في علاقة المتعاقدين بل وبالنسبه للغير ايضا ، فتسقط جميع الحقوق الـــتي يتلقاها الغير من احد طرفي العقـــد (٢) .

وفي هذا الصدد يقول استاذنا الدكتور / جميل الشرقـــاوي (٣) بان اثر الفســـخ يمتد الى الغير ، فاذا كان مشترى عين قد تصرف فيهـــا الى شخص آخر او رتب عليهـــا حقا من الحقوق ، ثم حكم بفسخ الشراء بطلب البائع ، فان هذا يقضي زوال حق مـــن انتقلت اليه الملكية من المشترى او من رتب لمصلحته حقا من الحقوق ، لان زوال حـــق الناقل يؤدى الى زوال حق المكتسب ، فيسترد البائع العين غير محملة بأى حق للغـــير (٤) .

---

(١) انظر بلانيول ربير بونيجـــة جـ ٢ فقره ٥٤٤ ونقض مدني ٢ مارس ١٩٣٨ داللـــوز الاسبوعى ١٩٣٨ - ١٧٨ .

(٢) انظر السنهوري جـ ١ الوسيط فقره ٤٧٩ ص ٨٠٧ ، حشمت ابو ستيت فقره ٣٨٥ سليمان مرقص فقره ٣٥٤ ، ٣٥٥ ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، انور سلطـــان فقره ٣٦٩ ص ٤٢٦ ، الصده فقره ٣٧٨ ص ٤٠٨ ، البدراوي فقره ٤٠٩ ص ٥٦٠ بلانيول ربـــير اسمان جـ ٦ فقره ٤٣٤ ص ٥٨٥ .

(٣) الشرقاوى مصادر الالتزام ١٩٧٦ ص ٣٩٣ ، ويقول الاساتذه بلانيول ربير واسمان في مطولهم بانه "La résolution prononcee produit ses effets a legard der tiers, par "application de la régle "nemo plus juris ad alium transferee potest quam ipse habet.

(٤) وهي قاعدة رومانية ، مفادها ، ان سقوط حق الناقـــل يؤدى الى سقــــوط حق المكتسب

* Resoluto tyre dantus resolvitur.

على ان اطلاق هذه القاعده فى حق الغير من شأنه ان يؤدى الى عدم استقرار التعامل ، اذ سيفاجأ المتاملون بفسخ سند المتعاقد معهم ، الامر الذى سيؤدى الى اضطراب كبير او اساءة بالغة الى الثقة والائتمان

لذلك وتحقيقا لاستقرار التعامل وحماية للائتمان اورد المشرع وكذلك القضاء طائفة من القيود على هذه القاعده منها ،

بالنسبه للمنقولات ، فاذا كان الشيء واجب الرد منقولا وكان الغير قد حازه بناء على عقد بيع مثلا (سبب صحيح) دون ان يعلم ما يتهدد ملكية البائع له بسبب الفسخ (حسن النيه) فانه يصبح مالكا له ، ملكية لاتتأثر بحق البائع الاول فى استرداده بعد الفسخ تطبيقا لحكم الماده ٩٧٦ مدنى الذى يجعل الحيازه فى المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند لحماية حق الحائز حتى فى مواجهة المالك الحقيقى[1] ،

فهذه القاعده تحول اذن دون الاحتجاج على الغير الذى حاز المنقول بالاثر الرجعى لفسخ العقد ،

وبالنسبه للعقارات ، فاذا كان الشيء الذى يرد علية البيع والذى حكم بفسخه عقارا وكان مشترية قد باعه الى شخص آخر حسن النية سجل عقده قبل التأثير بدعوى الفسخ التى رفعها البائع الاول على هامش تسجيل البيع الاول او قبل تسجيل هذه الدعوى او الحكم الصادر فيها بالفسخ فان صدور الحكم بالفسخ بعد ذلك لا يؤثر على حقوق هذا المشترى الثانى فيظل العقار ملكا له ولا يسرى علية حكم الفسخ (المواد ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى الصادر سنة ١٩٤٦[2] اما ان كان تسجيل حق المشترى الثانى بعد التأثير بدعوى الفسخ او تسجيلها او تسجيل الحكم به فان حسن نية المشترى الثانى لا يجد به ويظل حق البائع الاول على حقه فيسترد منه العقار ،

---

(١) الماده ٩٧٦ " من حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينا على منقول او سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته ، فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينه فانه يكسب الملكية خالصة منها والحايزه ذاتها قرينه على وجود السبب الصحيح وحسن النيه ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ،

(٢) الماده ١٥ من قانون الشهر العقارى " يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبه الشهر بما يقوم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى تضمنه المحرر وجودا او صحة او نفاذ كدعاوى البطلان او الفسخ او الالغاء

وبالنسبه لعقد من عقود الادارة ، كعقد الايجار فان هذه العقود في نظر الفقه(١) تظل قائمة ما دامت من اعمال الاداره الحسنه وعقدت بدون غش من جانب طرفيها ، فيسترد المتعاقد العين المبيعه مثلا بعد فسخ البيع مع بقاء حق المستأجر عليها(٢) .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهنا رسميا هو الماده ١٠٣٤ ، وتقضي بانه " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغاؤه او زواله لاي سبب اخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النيه في الوقت الذي ابرم فيه الرهن " ويعتبر هذا النص تطبيقا خاصا للقاعده العامه التي وردت في الماده ١٧ من قانون الشهر العقاري .

= لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى او التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما .

(١) اسماعيل غانم مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقره ١٦٩ ، البدراوي مصادر الالتزام ١٩٦٨ فقره ٢٩٧٥ بلانيول وبير اسمان ج ٦ فقره ٤٣٤ ص ٥٨٦ ، بودري لاكستري وبارد ج ٢ فقره ٩٣٨ د بمولومب ج ٢٥ فقره ٥٣٨ الوران ج ٢٤ فقره ٣٥٨ . عرائض ١١ افريل ١٨٢١ سيري chronalogique
في هذا الصدد يقول الاساتذه بلانيول وريبر وسمان .
"Toutfois les actes d'adminstration subsistent au profit des tiers de bonne foi avec qui ils ont été passés. Cette solution que l'on fonde generalement sur une analogie avc la condition résolutoire expresse est justifiee par l'intérêt des tiers et de la sécurité du commerce.

(٢) قارن الاستاذ الشرقاوي حيث يقول بان لا سند لهذا الحكم في القانون المدني الحالي (مصادر الالتزام هامش رقم / ١ص ٣٩٤)

** خاتمة البحـــث **

في الختام ينبغي ان نلقي نظرة شاملة على الطريق الذي قطعناه لنرى اوضـــح وابرز المعالم التي مرت بنا في هذا الطريق بدأنا بحثنا بتعريف الفســخ[1] باعتبـــاره جزاء لعدم التنفيذ • فاستعرضنا بعض المصطلحات التي لها اتصال به ، حيث خلصنا الى القول بان عبارة الفسخ La résolution تعني انحلال العقـــد باثر رجعي - وان عبارة الفسخ او الانهاء la résiliation تعني انحـــلال العقد بالنسبه للمستقبل فقـط •

ثم انتقلنا بعد ذلك للكلام عن المراحل التي نشأت فيها نظرية الفسخ وابرزنـــا وضع هذه النظرية في القانون الروماني وقلنا بان هذا القانون لا يعرف نظريـة عامـــه لها ، بل يعرف لها بعض التطبيقات فقط ، لان فكرة العقد الملزم للجانبـــين لم تكن واضحة في ذلك العهد بالصورة التي عليها الان ، ثم انتقلنا بعد ذلـــك الى القانون الكنسي وخلصنا منه الى القول بان هذا القانون قد عرف بالفعل نظريـــة عامة لها تطبيق على جميع العقود الملزمه للجانبين • غير انها كانت في بعـــض الاحيان تصطبـغ بطابع العقوبة نتيجة لتأثير العامل الديني عليهـا •

اما في القانون الفرنسي القديم فقد وجدنا ان موقفه من الفسخ يقترب كثيرا مـــن الموقف الذي اخذ به القانون الكنسي ، وان كان يستند في ذلك على الاراده المفترضه للاطراف او على الشرط الفاسخ الضمني • اذ كان لمجيء كل من دوما وبوتية فـــي نهاية عهدة اثر فعال في اعطاء هذه النظرية مجالا كبيرا حيث امتدت الى اقصـــى ما يمكن ان تمتد اليه وعلى الاخص فيما يتعلق بالعقود العينية • وقد وجدنا ان ابـــرز ما في هذا القانون هو تدخل القاضي للحكم بالفسخ وتمتعه بسلطة تقديرية واسعـــة والى جانب ذلك كان للدائن الحق في الخيار ما بين المطالبه بالتنفيذ او المطالبـــه بالفســـخ •

---

(١) بعد التمهيد له بمقدمه تناولنا فيها انواع الجزاءات التي تترتب على عدم التنفيـذ الناشيء من خطأ المدين ، حيث خلصنا الى القول بأن جميع الجزاءات الـــتي وضعها القانون تحت يد الدائن تهدف في الاساس الى حماية تقصير المديـــن الى جانب ما تمتاز بعض معاقبة هذا الاخير ازاء ما اقترفه من اعمال تخالف مقتضيات العقد وحسن سير التعامل بين الناس فكانت الوسائل غير المباشرة والوسائـــل المباشرة غير انه اذا كان الفسخ يدخل في عداد الوسائل المباشرة فلا يجـــب

ثم انتقلنا بعد ذلك الى دراسة النظرية الحديثة للفسخ ، فبدأنا بتمهيد لهـــا في التقنين المدني المصري ، وقلنا بان المشرع المصري في وضعه لهذه النظريـــة كان قد اتخذ في ذلك مسلكا صحيحا وفريدا في نفس الوقت مما ادي به الى تمـــييز موقفه هذا عن غيره من المشرعين ، حيث اقام كلا من الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقـي على قدم المساواه دون اصل أو استثناء ، فافرد لكل منها نصا خاصا به ، فكـــان موقفه بذلك موقفا وسطا بين كل من التشريعات المشابهة للتشريع الفرنسي والتشريعـات المشابهة للتشريع الالماني • ولقد احسن المشرع المصري صنعا في هذا الخصوص عندما نبذ فكرة الشرط الفاسخ الضمني لما تحملة من تفسيرات كثيره ولما تثيره مـــن غموض هو في غنى عنــه •

وبعد هذا التمهيد تناولنا الكلام عن نظرية الفسخ في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) وخلصنا الى القول بان نظرية الفسخ في هذا القانون تتفـق فـي جزء منها مع ما ذهب اليه القانون الروماني وتختلف عنه في اجزاء كثيره • فهو يتفـق معه فيما يتعلق بالعقود غير المسماه وعقد الايجار ويختلف عنه في كثير من العقـــود الى جانب ذلك هناك خلاف كبير بينهما من حيث المبدأ فالقانون المدني الفرنســي يعرف الفسخ كنظرية عامه ، في حين لا يعرف ذلك القانون الرومانـي •

ولا شك ان القانون الكنسي قد لعب دورا اكيدا في تكوين نظرية الفســـخ في القانون المدني الفرنسي ، وقد تجسد ذلك في عمومية هذه النظرية اذ غدت قاعدة عامه فيه مثلما كانت في القانون الكنسي •

وقد انتهينا الى القول بان نظرية الفسخ التي تضمنها الماده ١١٨٤ مركبـــة من حيث مصدرها فهي تجمع بين شيء اثنين المبدأ العام المستمد من القانـون الكنسي وليس من القانون الـــروماني وفكرة الشرط الفاسخ الضمني الذي تضمنته تلك المـــادة فيظهر وكأنه مستمد من السوابق الكنسية ، وليس من الشرط الروماني المعـــــروف (Lex-commissoria) •

اما موضوع هذه النظرية في بعض القوانين الاخرى والذي اخترنا له كلا مـــن القانون الالماني والسويسري والتركي والانجليزي وكذلك الشريعة الاسلامية ، فقد بينـــا بان الفسخ في كل هذه القوانين لا يعتبر قاعدة عامه بل هو نصوص متفرقة لحالات محدده مثل القانون الروماني ، حيث الاساس في هذه القوانين فكرة القوة الملزمه للعقـــد

غير أنه قد يستدعى القضاء فى حالة المنازعه بين الاطراف حول تطبيقه ومن أهم ما احتواه بحثنا الامر المتعلق بأساس الفسخ وطبيعته • حيث استعرضنا بالتحليل والنقد ، جميع النظريات التى قيلت بصدد أساسه وكانت على الخصوص نظرية الشرط الفاسخ الضمنى ، ونظرية السبب التى نادى بها كابتان ، وفكرتى التقابل والتوازن ، ونظرية استحالة التنفيذ ، وغيرها من النظريات وقد اوضحنا موقفنا منها وخلصنا الى القول فى النهاية بان الاساس الصحيح للفسخ فى نظرنا هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين ، اذ لا داعى للذهاب بعيدا فكل النظريات التى قيلت بصدد هذا الاساس تصب جميعها فى بوتقة واحدة ـ هى تلك الفكرة •

وفى هذا السياق أخذنا على محكمة النقض المصريه اصرارها المستمر فى الكلام عن الشرط الفاسخ الضمنى فى كثير من احكامها • مما يدعو الى الاعتقاد بأنها تأخذ بهذا الشرط كأساس للفسخ ، واذا كانت لتلك المحكمه بعض العذر فى الاخذ به قبل صدور التقنين المدنى الجديد أى فى عهد القانون القديم ـ فان هذا العذر لم يعد مقبولا بعد صدور التقنين المدنى الجديد اذ آن الاوان ليكون للقضاء المصرى شخصيته المستقله وخاصة لما يمثله من دور هام على الصعيد الوطنى وعلى الخصوص فى مجال القضاء والقانون •

أما فيما يتعلق بطبيعة الفسخ ، فقد خلصنا الى القول ، بأن الفسخ هو نظام للجزاء الهدف منه مجازاة المدين المخل بالتزامه ، وقد عددنا فى هذا الصدد الاعتبارات التى على أساسها تقوم تلك الطبيعه ، ومنها الاعتبار التاريخى ، والاعتبار الفنى • وقلنا بأن هناك ارتباطا مباشرا بين أساس الفسخ وطبيعته باعتباره جزاء وذلك لأن مفهوم الجزاء لا يقوم الا حيث يوجد الخطأ أو التقصير من جانب احد الاطراف أدى الى اختلال التوازن فى العقد الملزم للجانبين ، ومن ثم يستبعد من مجال هذا المفهوم حالة الاستحاله (استحالة التنفيذ) بسبب اجنبى ـ والفسخ كما هو معلوم لا يحدث بصفة تلقائيه بل لابد ان يطلب أو اجراء يؤدى اليه ، فالفسخ القضائى يتم بحكم من القضاء والفسخ الاتفاقى يتم بارادة الدائن • ولذلك فالفسخ ذو طبيعة منشئة ، فعدم التنفيذ فى حد ذاته لا يؤدى الى فسخ العقد وانما يجعله قابلا للفسخ •

وبعد أن فرغنا من عرض الاساس القانونى للفسخ وطبيعته مضينا بعد ذلك الى الكلام عن مقارنة الفسخ ببعض الانظمه القانونيه التى تتشابه معه قربا أو بعدا ، وقد اخترنا لذلك كلا من الدفع بعدم التنفيذ ، والبطلان والوقف ، ودعوى الضمان فأظهرنا أوجه الشبه وأوجه الخلاف ـ وذلك لما تردد فى أعمال الفقه من تقارب بين تلك الانظمة من جهة وبين الفسخ من جهة أخرى •

وبعد ذلك اتجهنا الى دراسة نطاق تطبيق الفسخ فى كل من العقود الملزمه للجانبين

والعقود الملزمه لجانب واحد فيد أنا بعقد البيع وعقد الايجار وعقد الايراد المرتب مدى الحيـــاه والتأمين . وهذا الجانب الخاص بالعقد الملزم للجانبين . أما في جانب العقد الملزم لجانـــب واحد فقد تكلمنا عن كل من عقد الهبه وبعض العقود الاخرى . وقلنا في هذا الخصوص بأنـــه في العقد الملزم لجانب واحد حينما يتفق المتعاقدان أثناء ابرام العقد على تحميل الطرف الذى لم يكن ملتزما التزاما كما يحدث في عقد الهبه بتكليف أو الوكاله بأجر ، فان العقد في هذه الحالـه يخضع للقاعده العامه في الفسخ ، لأنّ الالتزام الجديد سيؤدى الى جعل هذا العقد عقـــدا ملزما للجانبين .

وقد خلصنا عند الكلام في عقد الرهن الحيازى الى القول بأن هذا العقد هو عقد ملـــــزم للجانبين يرتب على طرفيه التزامات معينه تكون كل منها في حالة تبادل وتقابل مع الاخرى وعليـه يخضع هذا العقد كغيره من العقود الملزمه للجانبين للقواعد العامه في الفسخ غير أن المشـــرع المصرى قد خرج عن هذه القاعده لعلة لانعرفها ، وقد حاولنا البحث عن هذه العله فلم نجدهـا وقد قلنا بأن مسلك المشرع المصرى في هذا الصدد لامبرر له ، اذ طالما اعتبرنا هذا العقد عقدا ملزما للجانبين فهو خاضع لامحاله لقواعد الفسخ .

أما في القسم الثاني في هذا البحث فقد أنصب كلامنا حول أنواع الفسخ ، باعتباره جزاء على مخالفة المدين لما ترتب عليه من التزامات بمقتضى العقد ، والفسخ باعتباره كذلك على نوعيـــن قضائي واتفاقي . وقد أوضحت ذلك المذكره الايضاحيه للمشروع التمهيدي (مجموعة الاعمـــال التحضيريه ٢ ص ٣٢٧ ص ٣٢٨) بصورة واضحه وكان لابد لكي نكون بصدد الفسخ القضائي ، من توافر بعض الشروط وأول هذه الشروط هو الاعذار اذ لابد من وضع المدين موضع المقصر ، أي ـ بمطالبته بالتنفيذ . وقد رأينا في هذا الصدد كيف انتهى اليه موقف محكمة النقض الفرنسيـــه في تحديدها للاعذار ، وقلنا بأن موقفها الاخير الذى اعتبرته دعوة للتنفيذ هو موقف صحيـــح وعادل ومتطابق مع مقتضيات التعامل بين الافراد . ومن أهم الشروط الذى لابد من توافرهـــا الشرط المتعلق بمسئولية المدين عن عدم التنفيذ ، وقد رأينا كيف أن فكرة الجزاء تقوم نفـس الاساس على خطأ المدين ، اذ تستبعد من مجال عملها أى سبب آخر لخطأ الغير أو السبب الاجنبي ومما تجدر الاشاره اليه أن أى اخلال من جانب المدين لا يستتبع بالحتم مسئوليته بـــل لابد أن يحتوى عدم التنفيذ على قدر من الجسامه تبرر الحكم بالفسخ ، وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء والتشريع أيضا اذ نجد الماده ١٥٧ في فقرتها الثانيه تقول " يجوز للقاضي أن يرفـض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الاهميه بالنسبه للالتزام في جملته " . وهذا التحديـد لعدم التنفيذ ومقداره في نظرنا تتفق مع اعتبارات العداله ، وعلى الخصوص في مجال تنفيذ العقـــد لكي لايكون أحد أطرافه ضحية للطرف الاخر .

وذلك لان رفض الحكم بالفسخ قد يكون بالنسبه للدائن أمرا قاسيا وخاصة لو تعلق ذلك بعدم تنفيذ كلى للالتزام ، ومن جهة اخرى قد يكون الحكم بالفسخ أمرا قاسيا بالنسبه للمدين اذا كان عدم التنفيذ تافها أو لاتية له .

ولحساب مقدار عدم التنفيذ استطاع الفقه أن يضع لذلك معيارين يستطيع القاضى عن طريقهما أن يصل الى مامن شأنه تحديد وتقدير عدم التنفيذ ، ومدى اثره على مجمل العقد وتنفيذه ، ومن ثم الحكم بالفسخ من عدمه . فكان المعيار الذاتى والمعيار الموضوعى وكل ذلك فى مجال الكلام عن السلطه التقديريه الممنوحه للقاضى وقد خلصنا من كل ذلك الى أن الاصل فى القانون المدنى المصرى هو وجوب الاخذ بالمعيار الموضوعى كأساس لتقدير مدى حساب عدم التنفيذ وأن حسابه لايكون الا اذا كان عدم التنفيذ جزئيا ، ذلك لانه لاجدال فى أن عدم التنفيذ الكلى من جانب المدين سيؤدى الى الحكم بالفسخ . واذا كان الاصل يحتم وجوب الاخذ بالمعيار الموضوعى ، الا أن المشرع المصرى لم يقتصر على هذا المعيار ، بل أوجب أيضا الاخذ بالمعيار الذاتى أو الشخصى . ذلك لانه قرر بأن الاخذ بنية المتعاقدين (المعيار الذاتى) وما تسبغه هذه النيه على المحل (المعيار الموضوعى) من أهميه سواء كان ذلك فى شق منه أو فى مجموعه سيؤدى بالحكم الصادر بالفسخ الى أن يكون أكثر عدلا ومجاراة لمقتضيات حسن التعامل بين الافراد فقد تكون القيمه التى يسبغها الاطراف على المحل فى بعض الاحيان أكثر أهميه لتقدير مدى جسامة عدم التنفيذ من وجهة النظر الى المحل فى ذاته ، أى من وجهة النظر الموضوعيه .

واذا كانت سلطة القاضى التقديريه ضروريه فى مجال الحكم بالفسخ الا أن قبول ذلك يتطلب أن يكون هناك قدر من الحذر فى ممارسة تلك السلطه بحيث لاتكون سلطة واسعه ، أو محصوره ومقيده . لان الامر بغير هذا سيؤدى الى اختلاف الحلول التى توضع لكل حالة على حده .

وضرورة السلطه التقديريه لاتتوقف على حالة عدم التنفيذ الجزئى بل تمتد الى الاحوال الاخرى مثل التأخير فى التنفيذ ، وحالة عدم تنفيذ للالتزام التبعى ومخالفة مبدأ حسن النيه .

وفى مجال الشروط أيضا فانه لكى يستطيع الدائن المطالبه بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، لابد أن يكون قد نفذ التزامه ، أو على الاقل أن يكون مستعدا للقيام بذلك الى جانب مقدرته على اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل التعاقد ، فاذا لم يكن الامر كذلك فانه من المستحيل اجابة الدائن الى طلبه .

والى جانب الشروط السابقه كان لابد من توافر شرط آخر ، وهو عدم نزول الدائن عن حقه

المطالبه بالفسخ صحيح ومقبول من الناحية القانونيه اذ أن كل شخص يستطيع كقاعدة عامه أن يستعمل حقوقه كيفما شاء ، وحق النزول عن المطالبه بالفسخ يدخل فى عداد هذه الحقوق واذا نزل الدائن عن هذا الحق لا يستطيع الا أن يطالب بالتنفيذ .

أما بالنسبه لمدى خيار الدائن فى استعمال حقه فى كل من دعوى التنفيذ ودعوى الفسخ فقد بينا بأن هذا الخيار لم يكن معروفا فى كل من القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . وعرفتنه أن القوانين الحديثه التى لم تذهب هذا المذهب اذا أعطت للدائن حق الخيار فيما بين الفسخ والتنفيذ مع امكانية الانتقال من احدهما الى الاخر . بعد استعماله ولذلك كان للدائن ان طالب بالتنفيذ أن يطالب بعد ذلك بالفسخ وله أيضا ان طالب بالفسخ أن يطالب بالتنفيذ وقد قلنا فى هذا الصدد بأن ذلك جائز فقط متى كانت الدعوى أمام محكمة أول درجه عن طريق الطلبات العارضه ، أو الطلبات الاحتياطيه أما اذا كانت الدعوى أمام محكمة ثانى درجه (الاستئناف) فان ذلك غير جائز باعتباره طلبا جديدا يحرم على المدعى تقديمه أمامها ، لأن كلا من طلب التنفيذ وطلب الفسخ على خلاف من حيث الموضوع ، ويصدق هذا الامر على كلا الحالتين :

وقد بينا انتقال الدائن أثناء مطالبته بالفسخ الى المطالبه بالتنفيذ يعتبر تحصيل حاصل لأن القاضى أثناء دعوى الفسخ يملك الحق بمقتضى سلطته التقديريه أن يأمر المدين بالتنفيذ وأنه لا يقضى بالفسخ الا اذا تبين له استحالة قيام المدين بتنفيذ التزامه .

وبالنسبه لموقف المدين ومدى قدرته على التنفيذ أثناء نظر دعوى الفسخ فقد خلصنا من ذلك الى القول بأن المدين يملك الحق فى القيام بالتنفيذ حتى صدور الحكم النهائى بالفسخ . لأن هذا الحكم يعتبر حكما منشئا وليس كاشفا فهو من عمل القاضى وليس بارادة الاطراف ، وعليه يبقى العقد قائما حتى صدور الحكم النهائى بفسخه ، ومما تجدر الاشاره اليه أن هذا الامر محل اجماع من جانب الفقه والقضاء .

وبعد أن فرغنا من عرض أهم أحوال الفسخ القضائى مضينا بعد ذلك الى الكلام عن الفسخ الاتفاقى باعتباره النوع الثانى الذى يقوم عليه الفسخ فى القانون المدنى المصرى ، واذا كان الفسخ الاتفاقى يتم باتفاق الاطراف عليه بمقتضى شرط فاسخ صريح فى العقد فهو من جهة أخرى جزاء يأخذ بعين الاعتبار المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه .

والفسخ الاتفاقى يقف على قدم المساواه مع الفسخ القضائى (فى القانون المدنى المصرى)

العقد عن طريق شرط فاسخ صريح ، ولهم أيضا أن يتركوا الامر للقضاء للفصل بينهمـــــا فالفسخ الاتفاقى يحقق صالح الدائن اذ هو خير ضمان له للوصول الى حقه أما الفسخ القضائـــى فهو أكثر محاباه للمدين .

وقد رأينا أن المتعاقدين يستطيعان أن يحددا مدى وقوة الشرط الفاسخ على سبيل التـــدرج فتارة يكون مقتضى الشرط أن للدائن الحق فى اللجوء الى القضاء للمطالبه بفسخ العقد فى حالـة تخلف المدين عن تنفيذ التزامه ، وتارة اخرى يتفق على اعطاء الشرط درجة اقوى عند ما يكون حكمـه أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، ويقتصر أثر هذا الاتفاق على سلب القاضى لسلطتــــه التقديريه فقط ، بحيث لايملك الا الحكم بالفسخ ، الا أن هذا الشرط لايغنى عن الاعـــذار ولا عن رفع دعوى الفسخ غير أنه من جهة أخرى قد يتدرج الاتفاق حول الفسخ فيصاغ الشرط فـــى عبارات اكثر قوه ، مقتضاه أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى رفع دعوى الفسخ ولكــن دون الاعفاء من الاعذار — وفى الاخير يمكن الاتفاق على الاعفاء من الاعذار .

وللفسخ الاتفاقى أهمية كبيره فى الحياه العمليه . فهو يزيل عن المتعاقدين تكاليف ومشاكـل الدعوى القضائيه — هذا من جهه — ويعتبر وسيلة ضغط وارغام ووسيلة ضمان شديد الفاعليـــه فى تنفيذ العقد — من جهة اخرى — غير أنه اذا كان للشرط كل ماتقدم فانه من ناحية أخـرى لايجب أن يكون ذلك وبالا على المدين ، لكن الذى يبعث على الاطمئنان أن الشرط الفاسخ ماهو الا ثمـرة اتفاق متبادل تم بناء على رضاء تام بين الاطراف .

أما فيما يتعلق بعمل الشرط الفاسخ ، فقد تبين لنا بأن الفسخ بالرغم من وجود الشـــرط الفاسخ لايحدث تلقائيا ، بل لابد أن يتمسك به صاحب المصلحه وهو الدائن فقط ، دون المدين وقد قلنا فى هذا الصدد بأن المدين لايجوز له بدعوى تلقائية الفسخ أن يتذرع بتعمده وخطئـــه ويرفض تقديم الاداء لمجرد أنه لم يؤده فى وقته اذ ما طلبه الدائن ، بل الجائز أن يكون زمام العقد بيد الدائن فيظل العقد قائما رغم عدم التنفيذ الى حين مايطلبه الدائن ، وفى مجـال أثر مطالبة الدائـــن بالتنفيذ على امكانية التمسك بالفسخ بعد ذلك . ايضـــــــــا

وأثر تمسكه بالفسخ فى البدايه على امكانية المطالبه بالفسخ فقد خلصنا من ذلك الى القـــول بأنه لايجوز اعتبار الدائن متنازلا عن حقه فى فسخ العقد بارادته بمجرد أنه بدأ بمطالبة المديـن بالتنفيذ قبل تمسكه بالفسخ ، ذلك أن الاتفاق الصريح على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفســه عند عدم التنفيذ انما وجد لتقوية ضمان الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه فلا يعقـــــل اذا طلب الدائن بالتنفيذ ، وهذا هو المنطق الطبيعى للعقد ، أن يعتبر متنازلا عن حقــه فى الفسخ بارادة واحده .

غير أن الامر يختلف اذا طالب الدائن ...

أن يطالب بالتنفيذ . فمثل هذا الامر صعب تحقيقه الى جانب انه غير جائز قانونا _ اذ مـــا يكاد يعلن الدائن عن نيته في التمسك بالفسخ حتى ينفسخ العقد ، ومن ثم لايجوز المطالبـــه بتنفيذ ، لانه لايتصور طلب تنفيذ العقد الا عند وجوده والفرض هنا أن العقد قد زال على أثـــر التمسك بالفسخ . وقد قلنا في هذا الصدد أن التمسك بالفسخ تصرف قانوني من جانب واحـــد وبالتالي لايجوز لصاحب هذا التصرف أن يرجع فيه بتصرف أحادي جديد . ولما كان الرجـــوع في حد ذاته تصرفا أحاديا فانه لايجوز للدائن الذي تمسك بالفسخ أن يرجع فيه بعد ذلك .

أما بالنسبه لحق المدين في التنفيذ المتأخر فقد رأينا أن ذلك مرتبط بميعاد التنفيذ (أو أجل التنفيذ) وأهميته في نظر المتعاقدين ولذلك كان لابد لمعرفة مدى هذا الحق أن ندقـــق في الاجل _ هل هذا الاجل بالنسبه للمتعاقدين أجل جوهري أم لا . في الفسخ القضائي كما سبق أن بينا كان للمدين الحق في التنفيذ المتأخر الى حين صدور حكم نهائي بالفســـخ أما في الفسخ الاتفاقي فان الامر لايختلف كثيرا .

وقبل ذلك يجب التنويه أن مثل هذا الامر لم يرد بصورة صريحه في القانون المدني المصري الا أننا نعتقد بأن الماده ١٥٨ من التقنين المدني تحوي بين ثناياه مثل ذلك فاذا لم يكن الاجـــل جوهريا ، فان المدين يملك امكانية التنفيذ حتى ولو بعد تحقق الاجل وذلك الى حين تمســـك الدائن بالفسخ ، وقد تصدينا في هذا الصدد للآراء المعارضه التي ترى عدم امكانية المديـــن في القيام بالتنفيذ بعد الاجل . وقد قلنا بأن هذا النوع من الاشتراط ليس هو الاشتراط الـذي يصير به العقد قابلا للفسخ من جانب الدائن عند تحقق واقعة عدم التنفيذ في الميعاد بل هـــو الاشتراط الذي يتفق فيه الطرفان على جعل العقد قابلا للفسخ من جانب الدائن عند تحقـــق تلك الواقعه . وهي عدم تنفيذ الاداء من وقت استحقاقه الى مابعد ذلك . الامر الذي يستتبـــع زوال عدم التنفيذ عند حصول التنفيذ المتأخر .

أما اذا كان الاجل جوهريا ، فان ذلك يعني أن التنفيذ بعد حلول الاجل غير جائـــــز لأن الاداء الذي ينفذ بعد الميعاد يعتبر اداء آخر غير الاداء المستحق أصلا ، ويتجلى هـذا الامر من خلال الاتفاق الصريح أو من النيه المشتركه التي تدل عليها الظروف ، وبالرغم من ذلـك يستطيع الدائن أن يختار التنفيذ ، اذا تبين له أن الاداء مفيدا بالنسبه اليه فيتحول العقـــد بذلك من عقد مقترن بأجل جوهري الى عقد عادي خالي من أي وصف من أوصاف الالتزام .

وأخيرا بينا بأنه على الرغم من الاتفاق بين الاطراف على شرط فاسخ صريح فقد يتطلـــب الامر في كثير من الاحيان تدخل القضاء _ تدخلا ضروريا لمعالجة مايترتب عليه من مشاكل .

وفى الفصل الثالث والاخير تكلمنا عن اثار الفسخ وقلنا بأن القاعدة العامة في القانون المدني المصري هي ان للفسخ اثار فيما بين المتعاقدين ، وبالنسبه للغير وهذه الا ا تمتد الى الماضي . الا في العقود الزمنية كعقد الايجار وعقد العمل ـ (المادة ١٦٠) .

وقد تكلمنا عن ذلك بايجاز ، لان الرد المترتب على الفسخ تحكمه قواعد نظريه وو غير المستحق مما يغنينا عن الكلام في اثاره تفصيلا .

وبعد ان انهينا بحثنا والقينا نظرة شامله على الطريق الطويل الذى قطعناه ، يجدربنا ان نبرز حقيقة هامه هي اننا طوال هذه الرحله كنا نحاول التوفيق بين المحافظة على حقوق الدائن ، وحماية مصلحة المدين ، حتى لا نتجه الى القول ، بان الفسخ باعتباره جزاء يمثل بالنسبه للمدين امرا قاسيا . وبهذا الحرص على التوفيق بين حقوق الدائن ومصلحه المدين ، فان الفسخ يعتبر من وجهة نظرنا مصدر توازن حقيقي لصالح الافراد .

انتهى البحث

*** المراجـــــع ***

أولا : المراجع باللغة العربيـــــه

- احمد نجيب الهلالى وحامد زكى: شرح القانون المدنى فى عقد البيع والحواله والمقايضة ١٠ طبعة ١٩٤٠ ـ طبعة ١٩٥٤ فى القانـــون الجديـــد •
- احمد حشمت ابو ستيـــت: نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى الطبعـــه الثانيـه ١٩٥٤ •
- احمد ابو الوفـــــا: المرافعات المدنيه والتجاره طبعة ١٩٦٥ •
- اسماعيل غانـــــم: مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٨ •
- أكثم الخولـــــى: العقود المدنية طبعة ١٩٥٧ •
- انور سلطـــــان: النظرية العامه للالتزامات طبعة ١٩٥٥ طبعـــة ١٩٥٨ طبعة ١٩٦٧ الاسكندريـة •
- توفيق حسن فـــــرج: عقد البيع والمقايضة طبعة ١٩٧٠ •
- جميل الشرقـــــاوى: بطلان التصرف القانونى رسالة دكتوراه ١٩٥٣ مطبوعات جامعة القاهره ١٩٥٦
  - شرح العقود المدنية (البيع والمقايضه) القاهره ١٩٦٦ •
  - عقد الايجـــار القاهره ١٩٦٦ •
  - طبعة المحل والسبب فى التصرف القانونى ودراسـة فى القانون المدنى المصرى العدد الثانى يونيـــة ١٩٦٤ مجلة القانون والاقتصاد •
  - النظرية العامه للالتزام (مصادر الالتزام) طبعة ١٩٧٦ •
- جورج سيوفـــــى: النظرية العامه للموجبات والعقود الجزء الثانـــى طبعة ١٩٦٨ •

- حسن على الزنــــون — النظرية العامه للفسخ فى الفقه الاسلامى والقانون المدنـــى رسالة دكتوراه ١٩٤٦ جامعة القاهره .

- حسين عامـــــــر — القوة الملزمه للعقد طبعة ١٩٤٩ ـ القاهره الغاء العقـــد طبعة ١٩٥٢ ـ القاهـــره .

- حلمى بهجت بـــدوى — اصول الالتزامات الكتاب الاول فى نظرية العقد طبعـــة ١٩٤٢ القاهـــره .

- سليمان مرقـــــس — المصادر طبعة ١٩٦٠ ، نظرية العقد طبعة ١٩٥٦ ـ القاهره شرح عقـد الايجار الطبعه الثانية ١٩٦٨ القاهـره

- شفيق شحاتـــــه — النظريه العامه للالتزامات فى الشريعه الاسلاميه ـ رسالـــة دكتوراه ١٩٣٢ .

- عبدالحى حجـــازى — النظرية العامه للالتزام (المصادر الاداريه) القاهره طبعـــة ١٩٦٢ ـ مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ مقاله فـــى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنه الاولى ١٩٦٩ص / ١٢٩ ٤٤٢ والسنه الثانية ١٩٦٠ ص (١) وص ٢٠٥ ، جامعـــة عين شمس .

- عبدالرزاق السنهـــورى — نظرية العقد طبعة ١٩٦٤
الوسيط فى شرح القانون المدنى ـ الاجزاء التاليـه (الجزء الاول ـ الجزء الثانى ـ الجزء الثالث ـ الجـــزء الرابع ـ الجزء الخامس ـ الجزء السادس ، الجـــزء السابع ـ الجزء العاشر) .
مصادر الحق فى الفقة الاسلامى الجزء السادس طبعة ١٩٥٩ .

- عبدالسلام ذهـــنى — فى الالتزامات النظريه العامـــه .

- عبدالفتاح عبدالباقـى — عقد الايجار طبعة ١٩٥٢ .

- عبدالودود يحـــيى — التأمين على الحياه طبعة ١٩٧٠ .

- عبدالمنعم فرج الصده — مصادر الالتزام طبعـــة ١٩٦٠ .

- عبدالمنعم البـــدراوى   مصادر الالتزام طبعـة ١٩٦٨ .
الايجار والتأمين طبعة ١٩٦٨ .
الوجيز فى عقد البيع طبعة ١٩٧٠ .

- على حسن يونـــــس   المحل التجارى طبعة ١٩٧٤ .

- على البــــــارودى   الوجيز فى القانون التجارى طبعة ١٩٦٩ .

- على الخفيـــــف   المعاملات الطبعه الثانيـــه .

- محمد على عرفـــــه   شرح القانون المدنى فى التأمين والعقود الصغيره ١٩٦٤

- محمد أبو زهـــــره   الملكية والعقد طبعة ١٩٦٥ .

- محمد زكى عبدالبـــر   نظرية تحمل التبعه رسالة من القاهره ١٩٥٠ .

- محمد كامل مرســـى   شرح القانون المدنى - العقود المسماه - العقـــود المدنيه الصغيره طبعة ١٩٤٩ .

- محمد لبيب شنـــب   نظرية الجحود المبستر - مقاله فى مجلة العلوم القانونيـة والاقتصادية - عين شمس السنه الثانيه ص ٢٥٧ السنـة الثالثه ص ١٢٩ .

- محمود جمال الدين زكى   العقود المسماه طبعة ١٩٥٢ .

- مصطفى كمال طـــــه   اصول الافلاس طبعة ١٩٥٧
الوجيز فى القانون التجارى طبعة ١٩٧٤ الطبعه الاخيره .

المجـلات - مجموعة الاحكام - المجموعات التحضيريـه

- مجلة القانون والاقتصاد " تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهره ١٩٦٤ " .
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية "تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس " .
- مرشد الحيران .
- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض (اعداد المكتب الفنى لتبويب الاحكام) .
- مجموعة أحكام محكمة النقض (اعداد المكتب الفنى لتبويب الاحكام مجلة المحاماه) .
- مجموعة الاعمال التحضيرية "الجزء الثانى والرابع والخامس " .

ثانيـــا : المراجـع باللغة الاجنبيـــة

- Aubry et rau: Cours de droit civil Français CT IV, 4 éme édition et T VI édition par Esmein.

- Baudry-Lacantinérie et bard: Traité théorique et pratique de droit civil obligations -1906 - 1909.

- Baudry - Lacantinérie et Wahl: loaage 3 et 1907.

- Baudry - Lacantinérie et SAIGNAT : Vent.

- Beudant (ch): cours de droit civil français 2 éme édition, paris 1962.

- Bernard "Gilson" : Inexécution et résolution en droit Anglais thése paris 1969.

- Borricand: (Jean)la claus résolutoire expresse dans
  - les contrats.
  - revue trimestrielle de droit civil 1967 P 433 et S.

- Boyer : recherches histoiriques sur la résolution des contrats, thése toulouse 1924.

- Cassin (rené) : De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatique (Thése Paris, 1914).
  - Cour doctorat paris 1937- 1938.
  - Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution: Revue trimestrielle de droit civil 1946 PP 161 et s.

- Capitant: de la cause des obligations 1923 3 et 1937.

- Carbonnier: Revue trimestrielle de droit civil 1954 P 320.

- Ceevrier: Essai sur l'histoire de la cause thése Paris 1929;

- Colin et Capitant: Cours elementaire de droit civil français T 2 . 8 édition et 10 édition.

- Constantinesco: la résolution synallagmatiques en droit Allemand thése 1940.

- David: de contrat de vent viagére thése paris 1904.

- Demogue: Traité des obligations en general des modifications aux contrats par volonté unilatéral Revue trimestrielle 1907.

- Demelombe: Cours de code napoléon, 4 ed 1869 , 1870 , x x , xxv , xxx .

- De Page (hemri):les obligations. T II 1934.

- Dimitresco: La condition résolutoire dans les contrats thése paris 1906.

- Domat: Les lois civils des obligations section 1.A.V. De la vent section 11.

- Dumoulin : varloe juris quaestiones . 111.

- Duquesnay: la dissolution des sociétés pour justes motifs thése lille 1926.

- Esmein (p): les conditions de la resporabilité - Revue trimestrielle de droit civil 1924.
  - le serment promissoire en droit canonique,

- Gerand lyon- caen et Jean : pélisier: les grand arrets de droit du travail édition sirey 1978.

- Girard : Manuel de droit romain ed 9, 1952.

- Guillouard : traité du louag T 1 1884
  - contrats aléatoire - 1893.
  - traité du vent T 2.

- Hamel : de la cause dans les libéralités thése paris 1920.

- Hemars: l'assurance terrestre - 1924 - 1925.

- Huc: Commentaire théorique et pratique de code civil - 1892 - 1903 T VI - VII .

- Ihering oeuvres choisies- (Traduction O de Meulen acre).

- Josserand (L): cours de droit civil positif français paris 1930.
  - les mobiles dans les actes juridique de droit privé, Daloz éditeur 1928.

- Labbé : Nouv - Rev - Historique 1888. P. 277.

- Larombiere (M.L.): Théorie et Pratique des obligations édition 1885. T, 111, Art 1184.

- Laurent (F) : Principes de droit civil français. 3 éd, xll xxll, xxlV.

- Lebret:-Suspension et Résolution des contrats, revue critique 1924.

- Lépéltier Eugene: la résolution judiciaire des contrats pour cause d'inexécution thése caen, 1934.

- Lyon - can et renault : traité de droit commercial.

- Caen levillain: note s bruxelle 30 yaillet 1883 - D .
85 -2-1.

- Marcadé (V): Explication théorique et pratique de code civil
7 edition T 5.

- Marty et raynand: les obligations de droit civil T 11 Paris 1962

- Maury : essai sur la notion d'equivalence thése toulouse 1920.

- Ma eaud (H.2 et jean) : leçons de droit civil paris 1956.
la différence entre les arrets décl-aratif et les arrets construtifs R. Tri. 1929 P 27.

- Monier (Ramond) : Manuel de droit romain , les obligations
5 édion paris 1945.
- Rev - hist de droit 1933 P. 136 .
- Morel crenc; traité elementaire de proc-edeur civil 2 eme paris 3 siry 1949.

- Morel: note dalloze P. 42.2. 1920.

- Naz : essai sur histoire de la résolution de la vent.

- Nechicht : l'action en résolution dans les contrats, thése
paris 1909.

- Picard et prudhome : résolution judiciaire pour inéxécution des obligations revue trimestrielle de droit civil 1912 p. 61 et S.

Planiol (m) : traité élémentaire de droit civil T11 4 edition.

- Planiol (m) et ripert (G) : traité émentaire de drâit civile T 11 10 edition Paris 1926.

- Planiol (m): et ripert (G)et Esmein (p): traité pratique de droit civil français T 6 les editions (1930) et 2 éme editions (1930) et 2 éme edition 1952.

- Planiod - Ripert et Trasbot: Traité pratique T V donation testament 1933.

- Planiol - Ripert et Hamel: Vente x 2 éme edition 1956.

- Planiol - Ripert et lepargner: 2 émé deition 1954 les contrats aléatoires.

- Pothier: Constitution de vente.

- Ripert (G): la régle morale dans les obligations civils 3 éme edition 1935.

- Ripert (G) et Boulanger : Traite de droit civil d'aprés le traite de planiol T 11, paris 1957.

- Saleilles (R) : Etude sur la théorie générale de l'obligation d'aprés la premier projet de code civil pour l'empire allemand 3 éme edition paris 1925.

- Sarroute: De la suspension, dans l'exécution des contrats, thése paris 1929.

- Savatier : note au balloze 1920 - 2 - 41.

- Scioldo Zorcher (Jean) : la résolution des contrats au cas d' inixécution partielle, thése lyon 1934.

- Timbal : de la cause dans les contrat et les oblegations toloze

- Wahl : livre du contenaire du code civil.

* Revues et recueils de juris prudence

- Buletin de legislation et de jurisprudence mixtes.

- Gazette du palais.

- Gazette des tribunaux mixtes d'Egypte.

- Recueil Dalloz.

- Recueil sirey.

- Revue critique.

- Revue trimestrielle de droit civil.

- Semaine juridique.

- Traveux de l'association henri capitant des amis de la culturel juridique française Journes distanbul (20 - 23 mai 1964).

** فهـــرس **

محتويـــات الرســـــالة

=|=|=|=|=|=|=|=|=|=|=|=|=|=|=

رقم الصفحـــة

المقدمـــــه ١

القسم الاول : الفسخ جزاء عدم التنفيذ

تمهيـــــــد ١٣

الباب الاول : تعريف الفسخ وتحديد ماهيته ١٥

الفصل الاول : الخصائص المميزه للفســـخ ١٨

المبحث الاول : نظرية الفسخ فى مختلف مراحل تطورها ٢٠

المطلب الاول : موقف القانون الرومانى من نظرية الفســـخ ٢٠

المطلب الثانى : موقف القانون الكنسى مـــن نظرية الفســـخ ٢٥

المطلب الثالث : نظرية الفسخ فى القانـــون الفرنسى القديم ٢٩

المبحث الثانى : النظرية الحديثه للفســـخ ٣٣

تمهيـــــد ٣٣

المطلب الاول : نظرية الفسخ فى قانون نابليون ٣٥

المطلب الثانى : نظرية الفسخ فى القانون الالمانى وبعض القوانين الاخرى ٤٠

المطلب الثالث : موقف الشريعة الاسلامية مـــن نظرية الفســـخ ٤٥

الفصل الثانى : اساس الفسخ وطبيعتـــه ٥٨

المبحث الاول : اســـاس الفسخ ٥٩

المطلب الاول : نظرية الشرط الفاسخ الضمنى

رقم الصفحـــه

المطلـــب الثاني : نظرية السبب ٦٨

المطلـــب الثالث: نظرية التقابل ونظرية التوازن ٧٤

المطلب الرابـــع : نظرية استحالة التنفيـــــذ ٧٩

المبحث الثاني : طبيعة الفســخ ٨٧

الفصل الثالث: مقاومة الفسخ ببعض الانظمة ٩٤

المبحث الاول : الفسخ والدفع بعدم التنفـيذ ٩٥

المبحث الثاني : الفسخ والبطـــلان ٩٨

المبحث الثالث: الفسخ والوقـــــف ١٠٦

المبحث الرابع : الفسخ ودعوى الضمان ١١٢

الباب الثاني : نطاق تطبيق الفســـــخ ١١٨

الفصل الاول : تطبيـــق الفسخ في العقود الملزمـــه للجانبين ١١٩

المبحث الاول : العقود المحدده التنفيــــذ ١٢١

المطلـــب الاول : عقـــد البيــــع ١٢٢

المطلب الثاني : عقد الايجـــــار ١٣٤

المطلب الثالث : عـــقد الشـــركـــة ١٤٥

المبحث الثاني : العقود الاحتماليـــة التنفـــيذ ١٥٤

المطلـــب الاول : الايراد المرتب مدى الحياة ١٥٥

المطلـــب الثاني :عقد التأمين ١٦٦

الفصـــل الثاني : تطبيق الفسخ في العقود الملزمـــه بجانب واحـــــد ١٨١

المبحث الاول : الهبة بتكليـــف أو بعوض ١٨٣

رقم الصفحـــه

المبحث الثاني :مدى تطبيق نظرية الفسخ على على العقود الأخرى الملزمـــه بجانب واحـــد ١٩٤

القســـم الثانى : أنواع الفسخ وأحكامه ٢١١

الباب الاول : الفسخ القضائى كجزاء لعدم التنفيـــذ ٢١٣

الفصـــل الاول : شروط الفسخ ٢١٤

المبحث الاول : الاعـــــذار ٢١٥

المبحث الثانى : وجوب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه وألا يكون قد نزل عن حقه فى الفسـخ ٢٢٣

المبحث الثالث : وجوب أن يكون عدم التنفيذ منسوبا الـــى تقصير المديـــن . ٢٣١

المطلـــب الاول : التنفيذ المنسوب الـــى تقصير المديـن . ٢٣٢

المطلب الثانـى : ماهية عدم التنفيذ الموجب للفسخ ودور القاضـــى ومدى سلطته التقديرية ٢٣٩

الفرع الاول : معايير عدم التنفيذ الموجه للفسخ ٢٤٠

الفرع الثانـــى : دور القاضى ومدى سلطتـــه التقديرية ٢٤٥

الفرع الثالـــث : مدى الأخذ بهذه المعايير فى القانون المدنى المصرى ٢٥٣

أولا : حالة عدم التنفيذ الجزئـــى أو الناقص

رقم الصفحه

ثالثا : حالة عدم التنفيذ الجزئى ٢٦٤

رابعا : حالة سوء النية وأثرها فى الحكم بالفسخ ٢٦٨

الفصل الثانى : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ومدى حق المدين فى التنفيذ أثناء دعوى الفسخ ٢٧٢

المبحث الاول : خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ٢٧٣

المبحث الثانى : موقف المدين ومدى قدرته على التنفيذ أثناء نظر دعوى الفسخ ٢٨٠

الباب الثانى : الفسخ الاتفاقى كجزاء لعدم التنفيذ ٢٩٠

تمهيد ٢٩٠

الفصل الاول : الفسخ الاتفاقى أنواعه ومدى أهميته ٢٩٢

المبحث الاول : أنواع الفسخ الاتفاقى ٢٩٢

المبحث الثانى : أهمية الفسخ الاتفاقى ٢٩٨

الفصل الثانى : موقف كل من الدائن والمدين من عمل الشرط الفاسخ ٣٠٥

المبحث الاول : الفسخ الاتفاقى ومدى حق الدائن فى الخيار ٣٠٦

أولا : ضرورة اعلان الدائن رغبته فى الفسخ ٣٠٦

ثانيا : أثر اختيار الدائن المطالبة بالتنفيذ على امكانية التمسك بالفسخ ٣١١

رقم الصفحه

ثالثــا : أثر اختيار الدائن التمسك بالفسخ على امكانية المطالبة بالتنفيـذ ٣٢٤

المبحـث الثانى : الفسخ الاتفاقى ومدى حق المدين فى التنفيذ المتأخر ومدى دور القضاء فى هذا النوع من الفسـخ ٣٢٦

المطلب الاول : مدى حق المدين فى التنفيذ المتأخر عندما لايكون الاجل جوهريا ٣٣١

المطلب الثانى : مدى حق المدين فـى التنفيذ المتأخر عنـد مـا يكون الاجل جوهريـا ٣٤١

المطلب الثالث : مدى دور القاضى فـى الفسخ الاتفاقـى ٣٤٨

الفصل الثالث : آثار الفسخ (أحكامـه) ٣٥٧

الخاتمـــه

المراجـــع

أولا : المراجع باللغة العربية ٣٦٦

ثانيـا : المراجع باللغه الاجنبيه ٣٦٩

الفـــهرس ٣٧٥